



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**ANA CAROLINA AUGUSTO CHAVES**

**NOTAS ACERCA DA MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO À LUZ DA BIOÉTICA**

**FORTALEZA**

**2014**

**ANA CAROLINA AUGUSTO CHAVES**

**NOTAS ACERCA DA MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO À LUZ DA BIOÉTICA**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Áreas de concentração: Direito Civil VI (Direito das Famílias) e Bioética

Orientador: Prof. MSC William Paiva Marques Júnior.

**FORTALEZA**

**2014**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

- 
- C512n Chaves, Ana Carolina Augusto.  
Notas acerca da maternidade por substituição à luz da bioética / Ana Carolina Augusto Chaves  
. – 2014.  
87 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de  
Direito, Fortaleza, 2014.  
Área de Concentração: Direito Civil e Bioética.  
Orientação: Prof. Me. William Paiva Marques Junior.
1. Maternidade - Brasil. 2. Útero de aluguel - Brasil. 3. Tecnologia da reprodução humana -  
Brasil. 4. Bioética – Brasil. 5. Igualdade perante a lei. I. Marques Junior, William Paiva (orient.).  
II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

**ANA CAROLINA AUGUSTO CHAVES**

**NOTAS ACERCA DA MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO À LUZ DA BIOÉTICA**

Monografia submetida à Coordenação do  
Curso de Graduação em Direito da  
Universidade Federal do Ceará, como  
requisito parcial para a obtenção do grau  
de Bacharel em Direito

Aprovada em \_\_/\_\_/\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professor Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Mestrando Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Mestrando Universidade Federal do Ceará (UFC)

À Deus, à minha mãe, a quem eu devo a vida, à minha família e aos meus amigos, que sempre tornaram tudo mais doce.



## AGRADECIMENTOS

À Deus, pelo dom da vida e por nunca ter me abandonado em sua graça e misericórdia Divina.

À minha mãe, que nunca desistiu de mim e que me serve de espelho pela força e garra com a qual leva a vida, nunca deixando que as dificuldades que lhe perpassam a existência a tornem menos apta a lutar pelos seus sonhos, mas, pelo contrário, quanto mais se interpõem ao seu destino, mais lhe fortalecem e lhe encorajam a lutar com a coragem e o otimismo da gladiadora de obstáculos que ela tem se mostrado ser ao longo de toda a minha existência.

À minha mãe, mulher que, sempre buscando o melhor para mim, enfrentou a vida e me deu muito mais do que amor, compreensão, amparo, amizade, carinho e os recursos necessários à minha formação, tão impressionantemente batalhados, à ela, que me deu a sua vida; que me deu a compreensão da existência, que me ensinou os primeiros passos, as minhas primeiras palavra e que, em seu esforço maternal de me poupar das crueldades do mundo, de forma insistente, me mostra a cada momento as relações de causa e efeito de suas atitudes ao longo da vida, buscando me blindar da maldade alheia e das surpresas amargas do mundo: à essa mulher, que me ensinou tudo de importante que eu sei hoje e que me mostra diariamente a mais pura, simples e completa expressão do amor maternal, que tudo busca e tudo supera pelo desejo de ver o filho galgar o seu espaço ao sol, meus eternos agradecimentos e a reiteração da minha súplica a Deus para eternizá-la.

À mulher que me deu à luz, que me criou como mãe, pai, irmã, amiga, companheira de trabalho, colega de faculdade, professora do primário, costureira de fantasias de carnaval, pintora de borboletinhas no rosto, cozinheira das minhas vontades; que soube das minhas aventuras e, muitas vezes, embora posteriormente viesse a me dar um carão, ou um conselho sério a respeito das minhas traquinagens, não conseguiu conter o riso diante das minhas desventuras, muitas vezes em série; àquela que dorme e acorda diariamente ao meu lado, que me dedicou toda a sua vida, toda a mais sincera expressão do meu amor.

Ao meu avô por ter me estragado com tantos doces na minha infância e por ter me mostrado que com uma esposa dedicada, com 6 (hoje, 5) filhos que se ama e com uma “budeguinha”, se constroi uma vida digna, pautada na retidão de caráter. À esse velho, jovem de sorriso, criança de alma e de olhar, que tanto me

sorri com ternura e abre o portão de casa toda vez que vou sair, e me olha com carinho e acena pra mim, sempre preocupado com a minha volta. Quase um ritual. À ele, que tudo o que construiu na vida foi com muito esforço, saindo do interior do Ceará muito jovem, sem nada na carteira, mas com muita coragem na mala, esta, pobre e pequena, e muito amor em seu grande e precioso coração pela esposa e pelos filhos, com o desejo que transmitiu, talvez hereditariamente, talvez pela vontade de Deus, à minha mãe: o desejo de lutar pela vida, por melhores condições e por um futuro promissor para os filhos. A este ex-dono de bar, atual “bodegueiro”, muito querido pelos vizinhos e por qualquer pessoa que bata os olhos nele, minha gratidão pelos seus 82 bem vividos anos, meu pedido para que viva mais outros 82, meu clamor à Deus para que suas anedotas e seu estilo de vida nunca se percam em mim. Ao seu José Augusto Mendes, obrigada por me edificar com seus exemplos, meu avô Rai.

À minha avó, por, à sua maneira, me entender a vida e buscar me orientar da forma que mais acha positiva, por se preocupar tanto comigo e por me amar tanto, pedido a Deus sempre que pode, um pouco de juízo pra mim. À ela, por me aconselhar sempre; por ter me amparado e levantado várias vezes quando eu pensei que iria cair; por ter vivido comigo e para mim em grande parte da minha vida; por tantos lindos trabalhos de crochê que lhe empenharam tardes e noites, com os quais muitas vezes me presenteou; por todos os chás e remédios caseiros que, sempre visando a diminuir o meu sofrimento, tão maternalmente manipulou e me administrou; por ser a companheira da vida do meu avô e por ter dado um pouco do mais necessário suporte para a minha vida, minha gratidão e minhas boas memórias.

À toda a minha família, por todas as contribuições, pelos ensinamentos da convivência, por me ensinarem dia-a-dia o primado da paciência, por me ensinarem o amor ao próximo, mesmo que tão diferente, e por me desnudarem, também diariamente, a importância da compreensão e da solidariedade, sempre serei agradecida a vocês por estes ensinamentos.

Aos meus amigos, que tanto vivenciaram a minha realidade das mais diversas formas, cada um com a sua peculiaridade, sendo uns mais participativos, outros menos, mas, cada um com igual importância na minha vida, por terem me tornado simples a transposição dos obstáculos, por sempre depositarem uma confiança assustadora nas minhas potencialidades e por sempre, sempre, me

colocarem pra cima. Marília, Samyra, Kinjo, Raquel, Lara, Davi, Wanessa e Janaína eu amo vocês.

À minha chefe Karine, por ter tanto me moldado desde que entrei no estágio do 8º Juizado Especial. Pela sua paciência comigo, por tanto ter se flexibilizado para atender às minhas necessidades, nunca me deixando desamparada, pela sua dedicação comigo e pela sua contribuição para a minha construção enquanto mulher.

Ao meu orientador, Professor Mestre William Marques por tanto amar e honrar a profissão e por ser essa pessoa ímpar, na qual seus demais colegas deveriam se espelhar e seguir o exemplo de capacidade, proatividade, competência e dedicação para com o projeto de vida dos seus alunos. Por tornar essa etapa da minha vida mais simples, mostrando os pontos fracos da minha produção acadêmica e me aconselhando sempre da forma mais clara e didática possível, engrandecendo o a minha produção e dando o seu toque de excelência, sempre no melhor bom humor e na mais cativante boa vontade. Sempre vou lembra-lo como exemplo de sucesso, dado o amor pelo ofício e pelos alunos.

“O Direito não é nada além do mínimo ético.” – Georg Jellinek



## RESUMO

Solução polêmica criada para o combate à natural impossibilidade ou dificuldade à gestação, a maternidade por substituição, técnica que requisita, no mínimo, três sujeitos ativos no processo de reprodução, tal qual a mãe substituta e o casal doador genético, tem quebrado diversos paradigmas correlatos à noção de família nos moldes tradicionais. Diante da inexistência de legislação específica sobre o tema no ordenamento jurídico pátrio, sendo o controle social feito unicamente com base na exegese principiológica e ética das disposições atinentes a Resolução 2013/2013 do CFM, urge se fazer um estudo um pouco mais esmiuçado acerca das questões éticas que circundam a prática, a fim de se buscar mais bem esclarecer questões como o direito à filiação da criança gerada pela maternidade por substituição e os limites constitucionais e éticos à prática, tomando-se sempre por balizadores destas questões a preservação da dignidade da pessoa humana e a proteção integral aos direitos da criança. Neste diapasão, considera-se que a sub-rogação do útero deve ser motivada unicamente pela solidariedade, sendo vedada qualquer prática que vise ao lucro e à mercantilização da técnica. Ainda, feita a análise jurisprudencial e doutrinária adequada aos casos suscitados, verifica-se a preferência dos tribunais pelo critério da afetividade, enquanto verdade necessária ao momento aferidor do vínculo parental entre a criança e os pais que intencionaram-na mediante o projeto parental

**Palavras-chave:** Reprodução assistida. Princípio da Isonomia. Direito à procriação. Bioética. Maternidade por substituição. Sub-rogação do útero. Determinação de filiação. Filiação socioafetiva

## ABSTRACT

Polemic solution created to combat natural impossibility or difficulty of pregnancy, surrogacy, a technique that order, at least three active subjects in the process of reproduction, just as the surrogate mother and the couple genetic donor, has broken several paradigms correlate to the notion of family in traditional ways. Due to the lack of specific legislation on the subject in the national laws, and social control made solely on the basis of ethical and principled exegesis pertaining to Resolution 2013/2013 CFM, urgent provisions do a little more bruised study on the ethical issues that surround the practice in order to seek better clarify issues such as the right to the child's parentage generated by surrogacy and the constitutional and ethical to practical limits, taking forever benchmarks for these issues to preserve the dignity of the person human rights and the full protection of the child. In this vein, it is considered that the subrogation of the uterus must be motivated solely by solidarity, and barring any practice that aims to profit and commodification of art. Also made to the appropriate cases raised jurisprudential and doctrinal analysis, there is the preference of the courts by the criterion of affection while sealer parental bond between the child and the parents who have wanted-in fact required by the parental project.

**Keywords:** Assisted reproduction techniques. Principle of equality. Procreative rights. Bioethics. Surrogate mother. Uterus of loan. Establishment of parentage. Socio-affective parentage

## **Lista de abreviaturas e siglas**

CF – Constituição da República

CFM – Conselho Federal de Medicina

CRM – Conselho Regional de Medicina

RA – Reprodução assistida

TRA – Técnicas de Reprodução Assistida

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO .....	16
2. DA EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA À ESTRUTURAÇÃO DA MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE.....	18
2.1. Breve histórico evolutivo da concepção de família.....	19
2.2. Maternidade por substituição – da antiguidade aos dias de hoje .....	30
3. AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA EM SEUS ASPECTOS ÉTICOS E JURÍDICOS. ....	37
3.1. Análise da interface principiológica que norteia o Biodireito à luz da Bioética e do Direito de Família .....	38
3.1.1. <i>Princípios bioéticos</i> .....	38
3.2. Os princípios constitucionais e a legitimação do direito ao uso das TRAs.....	45
4. NOTAS ACERCA DA MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO À LUZ DA BIOÉTICA.....	56
4.1 Aspectos jurídicos e bioéticos da maternidade por substituição .....	57
4.2 A filiação oriunda das técnicas de reprodução assistida .....	61
4.2.1 <i>Filiação nas gestações por sub-rogação homólogas</i> .....	65
4.2.2 <i>Filiação nas gestações por sub-rogação heterólogas</i> .....	66
4.3 Limitações à maternidade por substituição .....	69
4.3.1 <i>Maternidade por substituição: natureza jurídica</i> .....	70
4.3.2 <i>As habilitadas ao procedimento da maternidade por substituição</i> .....	72
4.4 POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS .....	73
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	78
REFERÊNCIAS.....	85

## 1. INTRODUÇÃO

Revolucionando a reprodução humana, as Técnicas de Reprodução Assistida permitiram que ao fenômeno da procriação fosse dada a possibilidade da intervenção humana, que em seu agir técnico fragmentou e segmentou o que antes era um processo único, natural e de impossível manipulação humana.

A maternidade por substituição, enquanto expressão mais polêmica destas técnicas, tem quebrado vários paradigmas, tais quais os conceitos tradicionais de filiação e de vínculo parental, conseqüências da fragmentação do conceito de maternidade e paternidade, inicialmente flexibilizados pela consolidação das novas entidades familiares, enquanto consequência prática da aceitação da nova realidade social que reveste a família contemporânea de seu caráter plural e multifacetado.

A prática, que consiste, basicamente na fecundação de um embrião, total ou parcialmente, pelos gametas do casal solicitante da prática, em sua forma homóloga - a qual também pode se dar através da formação embriológica com o uso do material genético do casal ou do indivíduo idealizador do projeto parental, em sua forma heteróloga – com a posterior implantação deste no útero de outra mulher, que não a idealizadora do projeto. Precedendo o procedimento, deve haver a assinatura de um documento, o Termo de Consentimento Informado, por todos os sujeitos da prática, onde há a identificação dos requerentes da sub-rogação do útero, a requerida e todas as condições e minúcias que perpassarão a técnica.

O estudo da maternidade por substituição se faz de extrema relevância para que se possam construir respostas satisfatórias às dúvidas que a prática suscita, sendo certo que a técnica traz muitas polêmicas e inquietudes sociais, dado o momento atual de vácuo legislativo a respeito da matéria em nosso ordenamento jurídico, sendo as orientações manifestadas em relação a qualquer problemática que verse sobre esta técnica baseada unicamente na Resolução 2013/2013 do CFM e fazendo-se uma análise principiológica constitucional, civil e bioética adequada ao caso concreto.

Para esclarecer alguns destes problemas, tal qual a questão das limitações ao uso da técnica, da definição de filiação e do tratamento jurídico dado à maternidade por substituição, recorreu-se à análise principiológica dos postulados

bioéticos, civis e constitucionais, ao exame de jurisprudências e ao estudo bibliográfico, divididos em três capítulos no presente trabalho.

No primeiro capítulo, busca-se fazer uma análise da evolução do conceito de família da antiguidade à contemporaneidade, observando-se os aspectos sociais e históricos que levaram à mutação conceitual. Define-se, ainda, um estudo histórico sobre a importância da reprodução e a origem da necessidade da utilização da maternidade por substituição.

No segundo capítulo realiza-se um estudo dos princípios norteadores da bioética e do biodireito visando à perfeita compreensão da Resolução 2013/2013 do CFM, e ainda se faz uma análise dos princípios constitucionais e civis necessários à legitimação do direito ao uso das TRAs, colaborando, ainda, para a solução das problemáticas envolvendo a maternidade por substituição, tal qual a constitucionalidade do uso da prática, a legalidade do “empréstimo” temporário do útero e a questão do reconhecimento, ou não, da procriação enquanto direito da personalidade.

No terceiro capítulo, realizou-se o estudo jurisprudencial de dois casos relativos à filiação nos casos de maternidade por substituição. Uma relativa à filiação homóloga, outra à heteróloga, percebendo-se premente a definição de um mínimo parâmetro legislativo com força cogente para disciplinar as relações jurídicas surgidas em razão da utilização desta técnica, para que se possa garantir, ao menos, um certo grau de segurança jurídica e, em razão disto, um pouco de tranquilidade aos sujeitos da maternidade por substituição.

## **2. DA EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA À ESTRUTURAÇÃO DA MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE**

Não menos dinâmico do que o mundo atual são os conceitos em torno dos institutos jurídicos que edificam a nossa sociedade contemporânea. A introdução das novas tecnologias, a internacionalização e unificação e modicidade dos costumes, com o advento da globalização, têm flexibilizado conceitos, antes estáticos, de forma a promover uma constante redefinição do instituto da família.

No contexto desta frequente e atual reconstrução de hábitos e costumes sociais, viabilizado, em grande parte pela fugacidade do mundo moderno, o conceito de família assume novos contornos, buscando se aproximar mais da sociedade plural contemporânea. Com isto, não há um conceito pleno, rígido e estático que se possa utilizar para definir o instituto, eis que não há como impor limites a algo que constantemente muda de configuração, sendo certo que, do sentido multifacetário da família moderna, há apenas algumas características gerais que podem ser extraídas a fim de que sirvam como parâmetros aferidores da existência ou não do núcleo familiar, sob pena de tentar-se exaurir algo de complexa e, talvez, até, de impossível, delimitação.

Desta feita, o instituto da família evoluiu bastante desde o início dos tempos, quando somente se considerava família aquela composta por um casal de sexo oposto, com filhos resultantes de um matrimônio e com a carga genética de seus descendentes e assumiu a configuração de hoje, que se entende por qualquer comunidade formada por qualquer dos pais (podendo ser apenas um, ou os dois, ou um dos dois e outro companheiro ou companheira) e seus descendentes, dispensando-se a obrigatoriedade do matrimônio e da união com o sexo oposto para a configuração legal do instituto em exame a seguir.

É neste contexto, de flexibilização das antigas amarras sociais que definiam de maneira tradicional e patriarcalista a família e as obrigações moralmente estabelecidas pela sociedade para o casamento, que surgem a família contemporânea e, com ela, as técnicas de reprodução assistida (TRAs) disponibilizadas pelos avanços da ciência no sentido de acompanhar as necessidades dessa nova sociedade, cada vez mais inventiva e dinâmica.

A busca por alternativas a infertilidade, entretanto não começou no século XXI com a criação das TRAs. Desde os primórdios vista como um estigma, a infertilidade sempre foi rebatida e a maternidade por substituição mostra-se presente desde os primeiros momentos da história da humanidade, somente tendo-se difundindo com mais expressividade, midiaticamente, com o advento das técnicas reprodutivas manipuláveis em laboratório, como a fertilização *in vivo* e a *in vitro*.

## 2.1. Breve histórico evolutivo da concepção de família

Nas lições de Fustel de Coulanges<sup>1</sup>, a família da antiguidade clássica, o que nos remonta à sociedade greco-romana, orientada pela religião politeísta, tinha cada casa, cada lar, por seio religioso da família, onde eram cultuados os seus próprios deuses.

Família, no grego *epístion*, seria aquilo que está perto do fogo. Com efeito, cada lar tinha no fogo sagrado, que permanecia sempre aceso em lugar de destaque, o fomento à crença nos deuses da sua respectiva ancestralidade<sup>2</sup>. Portanto, cada lar tinha os seus deuses, que não se confundiam com os de qualquer outra residência.

Segundo Fustel de Coulanges:

Duas famílias vivem uma ao lado da outra, mas possuem deuses diversos. Em cada uma delas o jovem participa, desde a infância, da religião do pai, invoca seu lar, oferece-lhe todos os dias libações, enfeita-o com flores e grinaldas nos dias festivos, pede-lhe proteção e agradece-lhe benefícios. Esse fogo paterno é o seu deus. Se um jovem de outra família a pede em casamento, para ela isso significa muito mais do que passar de uma casa para outra. Trata-se de abandonar o lar paterno, para invocar daí por diante os deuses do esposo. Trata-se de mudar de religião, de praticar outros ritos, de pronunciar outras orações<sup>3</sup>.

Ainda seguindo a linha do pensador, para aquelas famílias, não era o afeto natural a razão de ser de uma família, embora pudesse este coexistir com o fator determinante para a constituição familiar, qual fosse o poder do pai ou do marido, erigido segundo os costumes religiosos e segundo suas crenças. Originava-se, assim, o poder patriarcal na religião que os antigos proferiam e cultuavam, firmando-se como fundamento da família. O poder do chefe de família, a sua

---

<sup>1</sup> COULANGES, Fustel. **A cidade Antiga**, São Paulo, 1961 – Ed. EDAMERIS, PAG. 60.

<sup>2</sup> COULANGES, Op. Cit., pag. 60

<sup>3</sup> Ibid., p.60.

autoridade religiosa e o respeito que impunha, era a pilastra da família antiga, da qual era dono e senhor máximo.

Sendo assim, surgindo, portanto, enquanto forma de organização de um nicho religioso voltado ao culto de entidades próprias representativas de sua ancestralidade, no dizer de MALUF<sup>4</sup>, na concepção antiga, a família era muito mais resultante de uma associação religiosa, do que mesmo uma formação natural.

A família como a conhecemos atualmente é o resultado de uma sucessão de fatores sociais, religiosos e econômicos que contribuíram para flexibilizar alguns conceitos, enrijecer outros, para, finalmente, chegar a configuração moderna do instituto tal qual o temos hoje. É como diz HIRONAKA<sup>5</sup> “a família é uma entidade histórica, ancestral, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história. Assim sendo, a história da família se confunde com a história da própria humanidade.”

A configuração jurídico-social da família contemporânea herdou muito da concepção romana do instituto, que, conforme SAN TIAGO DANTAS<sup>6</sup>, com o advento do Direito Canônico e no decorrer da Idade Média foi se modificando e adquirindo os contornos atuais.

Na Roma antiga, o principal critério de aferição de parentesco não era a consanguinidade (a qual, a princípio não produzia efeitos jurídicos, servindo apenas de sinalizadora de um parentesco natural), mas, sim, a submissão a um mesmo *pater familias*<sup>7</sup>. A família romana, identificada socialmente por um grupo de pessoas que poderiam, ou não, descender de um mesmo ancestral comum, que poderiam, ou não, pertencer a uma mesma árvore genealógica, e que, portanto, poderia, ou não, ser formada por laços de consanguinidade, por parentesco afetivo, por cônjuges e agregados, era um núcleo econômico, jurídico e religioso, liderado pelo patriarca, o *pater familias*.

Na realidade a família da Roma Antiga era muito mais uma unidade patrimonial titularizada pelo *pater familias*. Ele era que detinha todo o poder econômico e religioso de sua linhagem, pois era considerado sacerdote de seu

---

<sup>4</sup> MALUF, Adriana C. do Rego Freitas. **Direito das Famílias**. São Paulo: Elsevier, 2012, p. 252.

<sup>5</sup> HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes. **Família e Casamento em Evolução**. In Revista do Advogado, nº 62, março/2001, p. 16.

<sup>6</sup> SAN TIAGO DANTAS, Francisco C. **Direito de Família e das Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.- p. 6-7,18.

<sup>7</sup> GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo P. **Novo curso de Direito Civil**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 37.

grupo, e dispunha sobre a vida dos componentes familiares. Era o *pater*, portanto, sujeito de autoridade máxima do lar e seu chefe supremo, segundo o sistema patriarcalista vigente à época.

Com o advento da ascensão da Igreja Católica, no contexto da Idade Média, a família abandonou aquela concepção romana da autoridade suprema do chefe de família como o ponto máximo de sua existência. E assim começou a gradativa alteração da semântica de “família”.

Com efeito, a cerimônia religiosa do casamento medieval assumiu o papel de instituidora do casamento enquanto instituto jurídico, agora, uma obrigação contratual, e, assim, as famílias passaram a se formar e a se legitimar com o ritual religioso que perdura até os dias de hoje. A partir de então, o casamento seria firmado segundo um acordo de vontades, no qual a vontade do homem ou da mulher concretizá-lo apresentava o mesmo grau de importância.

Nesse sentido, "o casamento cristão, ao contrário do que se poderia imaginar, não é tão antigo quanto o Cristianismo. O casamento tal como conhecemos atualmente é uma invenção medieval e se casar na Igreja só se tornou prática corrente no século XIII.<sup>8</sup>"

Inicialmente, a Igreja intencionava com o casamento religioso apenas a moralização social da união entre os casais. Com o surgimento do Direito canônico, entretanto, anteviu-se a possibilidade de a Igreja legislar neste sentido e até mesmo de solucionar avenças surgidas com o pano de fundo do matrimônio, passando a desempenhar um papel também jurisdicional<sup>9</sup>.

Sendo assim, visando à concentração de mais poder e ao domínio pleno sobre a sociedade cristã, a Igreja foi centrando esforços para rebuscar o instituto e para dar mais força e importância social ao casamento, aumentando suas deliberações e ingerências sobre a matéria até o advento do Concílio de Trento, onde se sedimentou e se estabeleceu o poder da Igreja Católica de liderar as matérias e disposições concernentes ao assunto.

Afirmando o casamento enquanto obrigação contratual na Idade Média, como contribuição do Concílio de Trento, preleciona, ainda, Eduardo de Oliveira Leite:

---

<sup>8</sup> LEITE, Eduardo de O. **Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento**. Curitiba: Juruá, 1991, p. 210.

<sup>9</sup> CAHALI, Yussef S. **Do Casamento**. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, vol. 13, p. 455-460.

O Concílio resultou na afirmação do casamento como um contrato indissolúvel e no reconhecimento do princípio monogâmico na determinação do livre consentimento dos nubentes para contrair o matrimônio na obrigatória presença do ministro eclesiástico e testemunhas, com a benção<sup>10</sup>.

No século XVI, no contexto do declínio da Igreja Católica nos moldes em que se sustentava na era medieval, Martinho Lutero veio prenunciar um novo tempo de quebra de paradigmas. O monge agostiniano foi quem deu roupagem ao luteranismo, movimento pioneiro anti-catolicista, o qual instaurou a onda reformista que assolou o mundo medieval e foi mote para uma sequência de mudanças, não somente no campo religioso, como também em todos os demais aspectos que refletiam de algum modo na conjuntura social das pessoas àquela época.

Nesse contexto das grandes Revoluções, a Revolução Francesa firmou o casamento enquanto contrato civil, destronando da Igreja o poder de constituir maritalmente os casais, à medida que a nova lei da França burguesa somente reconhecia o casamento civil.

No Brasil, enquanto colônia portuguesa, o que se reconhecia eram as disposições tridentinas sobre o assunto. Portanto, para o Brasil-colônia, era a Igreja quem prosseguia gerenciando e disciplinando o casamento.

Com a Independência houve uma grande onda imigratória para o Brasil Império, o que aumentou o número daqueles que não professavam a religião oficial do País, com isso, avolumando-se também o número de casamentos mistos.

O Brasil Império, enquanto Estado confessional, impunha a religião Católica como oficial, mantendo, portanto, a orientação religiosa firmada ainda na época em que era Colônia, como assevera o art. 5º da Constituição de 1824, quando aduz que “A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo”.

Dessa forma, a Igreja Católica no Brasil continuava a seguir as disposições tridenianas, alinhando-se ao Concílio de Trento na regulamentação dos padrões sociais aqui vigentes à época, especialmente no que concernia ao casamento. Assim, com o primado do Direito Canônico, forte e autoritário, não se aceitava no Brasil-império qualquer casamento misto ou acatólico que fosse. Estes eram considerados concubinato.

---

<sup>10</sup> LEITE, Op. Cit., p. 208

Em efectiva observância as disposições do Concílio Tridentino e das constituições do arcebispado da Bahia sobre o matrimônio... só eram reconhecidos no Brasil os casamentos cathólicos e os celebrados em países estrangeiros de acordo com leis peculiares, o que cerceava consideravelmente a liberdade dos que não professavam a religião oficial e cujo número cada vez mais aumentava<sup>11</sup>.

Os casamentos mistos e acatólicos, portanto, para terem validade, deveriam ser referendados por uma autoridade católica, a qual impunha certas obrigações, que feriam as crenças da parte que não professava o catolicismo como sua religião:

Os casamentos protestantes não são celebrados em igrejas, mas apenas diante de funcionários civis, na presença de testemunhas escolhidas pelos noivos. Todos subscrevem um contrato onde figura como condição essencial e quase primeira, que os filhos que porventura venham a nascer do casal sejam educados na religião católica(...) Ainda mais instrutivo, todavia é o procedimento do mais alto prelado do Brasil, o bispo do Rio de Janeiro, que em 1857 foi a ponto de declarar nulo um casamento efetivado em templo protestante, sob o pretexto de que não fora celebrado segundo os Cânones do Concílio de Trento. E tudo para que a mulher, depois de ter tido relações irregulares com um católico, pudesse casar-se, enfim, de acordo com a lei da Igreja<sup>12</sup>.

Com a pressão dos imigrantes para que suas uniões mistas e acatólicas pudessem ter legitimidade sem que lhes fosse obrigado a aceitação das imposições catolicistas, em 1861 foi publicado o Decreto 1.144, que veio reconhecer os efeitos civis dos casamentos acatólicos<sup>13</sup>.

Assim dizia o decreto em comento:

Faz extensivo os efeitos civis dos casamentos, celebrados na fôrma das leis do imperio, aos das pessoas que professarem religião diferente da do Estado, e determina que sejam regulados ao registro e provas destes casamentos e dos nascimentos e obitos das ditas pessoas, bem como as condições necessárias para que os Pastores de religiões toleradas possam praticar actos que produzão efeitos civis.

Art. 1º Os efeitos civis dos casamentos celebrados na fôrma das Leis do Imperio serão extensivos:

1º Aos casamentos de pessoas que professarem Religião diferente da do Estado celebrados fóra do Imperio segundo os ritos ou as Leis a que os contrahentes estejão sujeitos.

2º Aos casamentos de pessoas que professarem Religião diferente da do Estado celebrados no Imperio, antes da publicação da presente Lei segundo o costume ou as prescripções das Religiões respectivas, provadas por certidões nas quaes verifique-se a celebração do acto religioso.

<sup>11</sup> MAGALHÃES, Bruno de A. **Do casamento religioso no Brasil**. 1937. Apud LORDELLO, Josette M. **Entre o reino de Deus e o dos Homens: a secularização do casamento no Brasil do séc. XIX**. Brasília. Editora UnB. 2002.p. 37.

<sup>12</sup> DAVATZ, Thomas. **Memórias de um colono no Brasil: 1850**. Belo Horizonte. Editra Itatiaia; São Paulo. Ed. Da Universidade de São Paulo. 1980, p.138.

<sup>13</sup> CIARALLO, Gilson. **O matrimônio entre os poderes temporal e espiritual: o casamento civil e o processo de secularização da esfera jurídica no Brasil**. In Projeto História. São Paulo, n.39, Jul/dez.2009, p. 257-284.

3º Aos casamentos de pessoas que professarem Religião diferente da do Estado, que da data da presente Lei em diante forem celebrados no Imperio, segundo o costume ou as prescrições das Religiões respectivas, com tanto que a celebração do ato religioso seja provado pelo competente registro, e na fôrma que determinado fôr em Regulamento.

4º Tanto os casamentos de que trata o § 2º, como os do precedente não poderão gozar do beneficio desta Lei, se entre os contrahentes se der impedimento que na conformidade das Leis em vigor no Imperio, naquillo que lhes possa ser applicavel, obste ao matrimonio Catholico.

Essas modificações no tratamento dado aos casamentos não católicos e mistos apenas sinalizavam para a grande mudança que viria no próximo projeto constituinte, qual seria a laicização do País. Com efeito, o art. 72,§4º da Constituição Republicana de 1891 reconheceria somente o casamento civil.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira:

Esse artigo ficou inserido nesta Constituição em razão da separação Igreja/Estado. A partir do regime republicano, o catolicismo deixou de ser a religião oficial e com isto tornou-se necessário mencionar o casamento civil como o vínculo constituinte da família brasileira. Até então era dispensável, pois as famílias constituíram-se pelo vínculo do casamento religioso, que tinha automaticamente efeitos civis, já que não havia a separação dos poderes Igreja/Estado<sup>14</sup>.

Com isso, os casamentos não católicos passaram a ser admitidos oficialmente, já que, sendo o casamento civil o único ato reconhecido pela lei, tornava-se obrigatória e vinculada apenas a obrigação firmada perante o juiz de paz, e não mais aquela perante o sacerdote.

Mesmo com a laicização do Estado no Brasil República, alguns dogmas firmados pela influência da Igreja Católica permaneceram, tal qual a indissolubilidade do casamento uma vez realizado. Quem casasse permaneceria com este vínculo jurídico para o resto da vida.

A indissolubilidade do casamento foi, inclusive erigida a preceito constitucional em 1934, como herança ainda do Brasil Império, e, embora mencionasse a possibilidade de lei civil posteriormente vir a regular situações de desquite, mantinha eterno o vínculo firmado no matrimônio. E assim permaneceu até 1977.

Até 1977, portanto, quem se casasse, por mais que não estivesse unido maritalmente com quem se casou, carregaria para sempre o estigma do matrimônio

---

<sup>14</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família – uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. P.20

uma vez realizado, sendo o desquite apenas uma “separação de corpos” que não servia para libertar o indivíduo a casar-se outra vez com quem bem entendesse sob a proteção jurídica dada ao casamento. Servia o desquite apenas para interromper os deveres conjugais e por fim à sociedade conjugal, com a divisão de bens e o fim da convivência diária dos nubentes sob o mesmo teto<sup>15</sup>.

Com as transformações da sociedade brasileira e suas novas necessidades, dado que a sociedade é um organismo vivo em constante recriação, e observada a tendência de dessacralização do casamento, com o advento do reconhecimento do casamento unicamente a partir do cumprimento da burocracia dos cartórios para a sua realização civil, o dogma da indissolubilidade do casamento se fragilizou e sobreveio a lei do divórcio.

Em 1977 O divórcio foi instituído oficialmente com a emenda constitucional número 9, de 28 de junho de 1977, regulamentada pela lei 6515 de 26 de dezembro do mesmo ano. De autoria do senador Nelson Carneiro, a nova norma foi objeto de grande polêmica na época, principalmente pela influência religiosa que ainda pairava sobre o Estado. A inovação permitia extinguir por inteiro os vínculos de um casamento e autorizava que a pessoa casasse novamente com outra pessoa<sup>16</sup>.

Então, o século XX, com o advento da formação dos grandes centros urbanos, com o movimento *hippie* e sua respectiva interferência e contribuição para a revolução sexual e para o movimento feminista e com a criação do divórcio houve a quebra definitiva dos antigos paradigmas norteadores dos papéis sociais desempenhados por cada membro integrante do lar.

Foi a época em que se consagrou a supremacia do afeto e da dignidade da pessoa humana em prejuízo dos antigos valores patrimonialistas e pecuniários, reconhecendo-se o afeto e o bem estar como as razões de ser, por excelência, da constituição de uma família.

Hoje, para a produção de efeitos no mundo jurídico, exige-se que o casamento seja feito segundo os ritos legais atinentes ao casamento civil ou que seja feito segundo os ritos religiosos de seitas reconhecidas pela lei interna e que seja, *a posteriori* registrado civilmente.

Assim disciplina o Código Civil de 2002 em seus artigos 1.515 e 1.516:

---

<sup>15</sup> ARAUJO, Eduardo Pereira de. **Evolução histórica dos institutos da separação e do divórcio no direito brasileiro e a Emenda Constitucional n.º 66/2010**. Conteudo Juridico, Brasília.19 out. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29383&seo=1>>. Acesso em: 09 out. 2014.

<sup>16</sup> ARAUJO, Eduardo Pereira de, Op. Cit.

Art. 1.515. O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.

Art. 1.516. O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil.

§ 1º O registro civil do casamento religioso deverá ser promovido dentro de noventa dias de sua realização, mediante comunicação do celebrante ao ofício competente, ou por iniciativa de qualquer interessado, desde que haja sido homologada previamente a habilitação regulada neste Código. Após o referido prazo, o registro dependerá de nova habilitação.

§ 2º O casamento religioso, celebrado sem as formalidades exigidas neste Código, terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for registrado, a qualquer tempo, no registro civil, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente e observado o prazo do art. 1.532.

§ 3º Será nulo o registro civil do casamento religioso se, antes dele, qualquer dos consorciados houver contraído com outrem casamento civil.

Na sociedade contemporânea, cada vez menos tem se mantido o casamento enquanto instância única a legitimar a vinculação afetiva constitutiva da família. A tendência pós-moderna vem se firmando na dessacralização e na despatrimonialização da família<sup>17</sup>, de forma que a ratificação da união entre os casais pelo Estado e pela Igreja, respectivamente nas formas casamento civil e casamento religioso, vem gradativamente perdendo a importância no mundo pós-moderno. Do que salta aos olhos, dentre os traços mais perceptivos que exurgem da sociedade contemporânea, está a crescente rejeição ao compêndio tradicional de valores e costumes ligados aos deveres conjugais<sup>18</sup>.

A nossa Carta Magna, ao tocar no tema em comento, deixa em evidência o esforço do legislador constitucional em fazer a ordem jurídica acompanhar as transformações da sociedade brasileira quando passa a reconhecer três categorias de família, quais sejam, as decorrentes do casamento, da união estável e do núcleo monoparental. É o que se vê do artigo 226 da Constituição Federativa da República Brasileira, que aduz, *in verbis*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do estado.

§1º. O casamento é civil e gratuita a celebração.

§2º. O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

---

<sup>17</sup> GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo P. Op cit., p. 38

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Guilherme de. **Temas de Direito de Família**. 2 ed., Portugal: Coimbra Editora, 2001. P. 336.

§3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

A menção constitucional aos elementos instituidores do conceito jurídico da família é, como se observa, meramente exemplificativa, devendo assim ser entendida a abordagem dada ao tema no art. 226 da nossa Carta Magna, pois, a abrangência semântica do termo, bem como sua significância, quando inserido no meio social, é muito ampla, principalmente se ponderados os novos arranjos afetivos feitos na sociedade contemporânea.

Ao objeto de proteção especial do Estado, definido no artigo supratranscrito, deve ser aplicado, portanto, uma interpretação extensiva e integrada às mudanças comportamentais pelas quais passa a sociedade do século XXI, para que se possa, assim, chegar com excelência a uma noção real do que seria a família atual. Assim, interpreta Paulo Lôbo:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.<sup>19</sup>

Observando-se a evolução histórica das Constituições do Brasil, percebe-se que de 1824 até os dias de hoje as Constituições vem absorvendo as mudanças sociais, de onde defluem as transformações dos elementos formadores da família, e vem se adaptando aos novos contornos definidos por essa constante quebra de paradigmas comportamentais. A ordem constitucional vem evoluindo no sentido de tornar as suas disposições condizentes com o meio social ao qual se propõe a normatizar.

No que concerne à disciplina da família e dos filhos, a Carta Magna de 1988 foi um divisor de águas para o tratamento constitucional dado a estes elementos do Direito das Famílias.

---

<sup>19</sup> NETO LÔBO, Paulo L. **Entidades Familiares Constitucionalizadas**: para além do *números clausus*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n.53, jan.2002. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=264](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=264)>. Acesso em: 27 set. 2014

Com efeito, até a CF/88 o ordenamento jurídico brasileiro somente reconhecia uma família, que seria aquele modelo tradicional e emblemático agrupamento de um casal de sexo oposto, biparental, e patriarcal. Quanto aos filhos, até a Constituição de 1937 havia três tipos de filiação: a legítima (advinda do casamento), a ilegítima e a natural (ambas surgidas sem as bênçãos da união matrimonial, sendo a filiação ilegítima decorrente da reprodução de um casal que tinha impedimentos para casar, qual fossem já serem casados ou ser o filho fruto de uma relação incestuosa; na filiação natural o filho era resultado do relacionamento de um casal que não tinha impedimentos para casar, ou quem um ou os dois eram desquitados de um casamento anterior); com esta Constituição, os filhos legítimos foram equiparados aos naturais, mas o avanço parou por aí. Permanecia a discriminação entre os filhos legítimos e os ilegítimos.

A Constituição de 1988 realizou um redimensionamento e uma nova valoração do núcleo familiar, tratando igualmente pais e filhos, cônjuges e parceiros, protegendo as mais diversas modalidades de composição familiar. Com isso, ampliou a abrangência semântica do termo “família” e conferiu proteção Estatal para além da família formada pelo casamento<sup>20</sup>.

A Carta Magna além de haver inovado quanto à disposição da constituição da família brasileira, quando desconstituiu a monoparentalidade como condição *sine qua non* para a aferição da formação de um núcleo familiar, foi vanguardista ao estabelecer a igualdade entre homem e mulher quanto ao desempenho de seus papéis na sociedade conjugal.

Nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo, “a família referida nos artigos 226, 227, e 230 da Constituição é mais ampla que a nuclear, alcançando as pessoas que se vinculam por laços de parentesco, já os artigos 183 e 191 da Constituição contemplam a família sem limitar seu âmbito.<sup>21</sup>”

Ainda, somente a partir da Constituição Democrática é que se acabou a distinção entre os tipos de filiação, passando a se reconhecer a igualdade dos filhos havidos do matrimônio ou extraconjugalmente, incluindo-se também os adotados:

Art. 227- É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura,

---

<sup>20</sup> GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada: família, sucessões e bioética**. Porto Alegre. Livr. Do Advogado. Ed., 2007. P. 17

<sup>21</sup> NETTO LÔBO, Paulo L. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 34-37.

à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

**§6º- Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (grifou-se).**

Observando o sentido multifacetário das novas e diversas estruturações do conceito por ora em exame, Rodrigo da Cunha Pereira<sup>22</sup> faz a seguinte consideração: “A partir do momento em que a família deixou de ser o núcleo econômico e de reprodução para ser o espaço do afeto e do amor, surgiram novas e várias representações sociais para ela”.

Buscando sistematizar o estudo do instituto da família moderna, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>23</sup> traçam alguns elementos essenciais para a sua constituição, quais sejam um núcleo existencial composto por mais de uma pessoa; o vínculo socioafetivo entre os seus membros e a vocação para a realização pessoal de seus integrantes, quando ponderam que a família não configura um fim em si mesmo, mas sim, é um meio para a concretização das aspirações individuais de cada membro, visando à felicidade e à plenitude da pessoa humana em uma perspectiva de desempenho das funções sociais individuais.

Por esta razão, observada a dimensão fluídica do conceito moderno de família, é que não se podem delimitar contornos absolutos e enrijecidos para a definição do instituto, uma vez que, em se tratando de um arranjo social, se sujeita a relações muito intersubjetivas, e, portanto, mutáveis e complexas, de modo a dificultar que seja encerrado em um só modelo doutrinário.

Assim, a ordem jurídica brasileira vem avançando no sentido de absorver a nova família contemporânea para conseguir continuar a discipliná-la, entendendo-a, portanto, como uma estrutura paradigmática aberta, calcada na afetividade, na união, tomando por parâmetro para aferição de sua existência no mundo jurídico os laços de amor, pautados no respeito e na dignidade da pessoa humana, desenvolvidos entre seus componentes.

Antes, a ordem jurídica apenas reconhecia a família decorrente do casamento, ficando marginalizadas de qualquer amparo estatal e legal as demais

---

<sup>22</sup> PEREIRA, Rodrigo da C. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2002, p. 226-227.

<sup>23</sup> GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo P. Op. cit, p. 34.

formas de arranjo familiar, tal qual a união estável e o concubinato. Há que se reconhecer, portanto, o grande salto que se operou na forma jurídica de tratar dos novos arranjos sociais instituidores da família moderna, atentando para contínuo processo de reconstrução e reavaliação conceitual do instituto.

A ordem jurídica atual tem, portanto, se preocupado em honrar e fazer valer a denominação “Estado Democrático de Direito”, enquanto identificadora do modelo sob o qual é regida a República Federativa Brasileira, inovando em suas orientações normativas para conferir proteção e segurança jurídica aos novos arranjos sociais. Busca, com isso, não se obsoleter e conseguir caminhar lado a lado à dinâmica social, com a observância, para tanto, dos princípios gerais aplicáveis ao Direito das Famílias, sendo eles o princípio da vedação ao retrocesso, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, mais adiante examinados.

## **2.2. Maternidade por substituição – da antiguidade aos dias de hoje**

No contexto sociocultural do antigo Oriente Médio, remontando à época do Antigo Testamento, assim como na Grécia e na Roma antigas, havia grande preocupação em dar continuidade à linhagem da família, pois, conforme se depreende dos documentos históricos e das análises antropológicas e sociais da época que se cuida, a família sempre foi a base de suas sociedades, e, nesta linha de raciocínio, a prole cumpriria seu papel de perpetuadora de linhagem, existência e poder.

Para esta, como para aquelas sociedades, a fecundidade era algo precioso, de grande estima e valia, pois permitiria a imortalidade das características ancestrais geradoras da família. Sendo assim, a infertilidade era um estigma visto como causa degradadora do grupo familiar, pois colocaria fim à continuidade e renovação deste pelos tempos.

Na história, os primeiros relatos da prática da barriga de aluguel, técnica que consiste, em uma análise singela, neste primeiro momento, na ideia de uma mulher gestar um filho para uma outra mulher, a qual idealizou o projeto parental, podendo esta ser estéril, dada sua impossibilidade de produção de óvulos ou dada sua incapacidade física de levar adiante uma gravidez, estão registrados no Antigo Testamento.

Atesta-se a importância dada à infertilidade desde esses tempos bíblicos. Abraão vive como um dos chefes de clã no seu período. Diante da esterilidade de Sara, esta o aconselha a se unir a Agar em benefício do clã, cuja procriação é um dos bens máximos que devem ser garantidos. Jacó, cujo nome devia qualificar toda a casa do povo de Deus, também teve duas mulheres que, por sua vez, deram-lhe suas escravas como concubinas. As tradições se referem aos fatos que mostram a prioridade da procriação: Então Sara disse a Abraão: “Javé me impediu de dar à luz. Une-te, te peço, à minha escrava. Talvez dela eu possa ter filhos” (GÊNESIS, 16:2). Vendo que não conseguia dar filhos a Jacó, Raquel ficou com ciúmes da irmã e disse a Jacó: “Dá-me filhos, senão eu morro!” Jacó irritou-se com Raquel e lhe disse: “Por acaso estou no lugar de Deus que te fez estéril?”. Ela respondeu: “Aí tens minha escrava Bala. Une-te a ela para dar à luz sobre meus joelhos. Assim terei filhos eu também por meio dela”. Deu-lhe, pois, a escrava Bala por mulher, e Jacó se uniu a ela. Bala concebeu, e deu a Jacó um filho (GÊNESIS, 30:1-5)<sup>24</sup>.

Na sociedade descrita por esta fonte histórico-documental, assim como nas demais sociedades da antiguidade, não gerar filhos, não perpetuar a espécie, era uma marca que deixava a família fadada ao fracasso. Era entendido como uma maldição, significando, na prática, perda da posição social<sup>25</sup>.

Com efeito, para a civilização hebraica, a procriação era importante, dado seu caráter nômade, que desembocava em três características desta civilização, a explicitarem a importância de se gerar filhos para os hebreus, quais sejam: seu caráter pastoril, no qual os filhos figuravam como mão de obra ativa para o trabalho; seu caráter tribal, a partir do qual viviam agrupados, andando em bandos, de forma que quanto maior e mais coeso o grupo, mais força apresentaria para vencer as adversidades e os grupos inimigos; o caráter patriarcal do povo hebreu, com destaque para o primado da virilidade, daquela sociedade. Assim, quanto maior o clã, mais força de trabalho haveria e maior e mais importante seria a tribo, que precisava se afirmar enquanto povo e nação.

Tal preocupação é tema recorrente na narrativa documental, pois:

Ao abrir a Bíblia, percebemos que o primeiro livro, o Gênesis, está permeado, de maneira quase obsessiva pelos temas da esterilidade e da maternidade. Através da história dos patriarcas de Israel, que tece a trama dos acontecimentos no livro do Gênesis, são, na realidade, as idas e vindas da maternidade, da dificuldade de conceber – o verdadeiro fio condutor da obra dando lugar, em seguida, a uma segunda questão não menos semeada de obstáculo; a da fraternidade<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> MOURA, Marisa D; SOUZA, Maria do Carmo B; SCHEFFER, Bruno B. (2009). **Reprodução assistida. Um pouco de história**. Revista da SBPH, Rio de Janeiro, v.12, dez. 2009.

<sup>25</sup> EISENBERG, J. **A mulher no tempo da Bíblia: enfoque sócio-histórico**. São Paulo: Paulinas, 1998, p. 27-28.

<sup>26</sup> EISENBERG, J. Op. cit, p.13.

Sendo assim, em casos em que a mulher era estéril, em que se punha em risco a perpetuação da linhagem, necessidade da sociedade patriarcal em exame, a própria mulher, a esposa, sugeria ao marido que engravidasse alguma de suas escravas, a qual, posteriormente, entregaria o filho, legalmente, à matriarca da família, a esposa legítima.

Foi assim com Abraão, segundo o livro Gênesis (16, 1-15), que, então com 90 anos, foi instruído por sua esposa Sarai, esta infértil, a procurar pela escrava Hagar para gerar um filho em seu ventre, Ismael, o qual lhe seria posteriormente entregue. Seria este, portanto, o primeiro projeto parental, registrado na história, calcado na maternidade por substituição.

Há, ainda nos registros bíblicos, a história de Raquel, esposa de Jacó, que por intermédio de sua escrava Bala tem também seu desejo de maternidade realizado.

A história do Brasil, de seus tempos de Colônia até meados do século XIX, é a história da submissão da mulher aos valores patriarcais que lhe anulavam enquanto sujeito de direito, humano e pensante.

No Brasil-colônia, que seguia as disposições constantes das Ordenações Filipinas, influenciado pelos traços da família tradicional romana, havia uma substituição da figura do *pater familias* pela figura do latifundiário. Mas, salvo as devidas proporções, suas funções sociais eram similares. Ao latifundiário era resguardada a submissão de sua esposa, de seus filhos e de seus escravos, todos equiparados em um mesmo patamar de obrigação de subserviência e obediência ao chefe da família.

Assim preleciona Selma Aragão<sup>27</sup>, quando aduz que “as Ordenações Filipinas relegavam a mulher o papel exclusivo de mãe. Valdeana Vieira Casas Ferreira assinala que nas Ordenações Filipinas imperava o espírito patriarcal, daí a incapacidade da mulher ser tomada como fato natural.” Servindo aos propósitos da Coroa e à sua política demográfica, a mulher deveria ser podada em suas atribuições pensantes e questionadoras, não devendo receber educação e nem trabalhar.

---

<sup>27</sup> SÉGUIN, Elisa. (Org). **O direito da mulher**. Rio de Janeiro. MRS. 1999. p.21 in A mulher na evolução legislativa do direito de família. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/centroextensao/sex/programalibertas/publicacoes/gleice.pdf>> Acesso em: 06/11/2014.

É neste contexto que a mulher passa a ser imbuída exclusivamente da vida doméstica, cabendo à mulher unicamente procriar e obedecer ao marido.

A Constituição de 1916 foi enfática ao enquadrar a mulher casada na categoria dos relativamente incapazes, disposto em seu art.6º. Equiparava-a a pródigos, silvícolas e pessoas entre 16 e 21 anos.

Consagrava-a, assim, o Código Civil de 1916, a condição de submissão ao homem, o que ainda perduraria por muito tempo, até que as mudanças comportamentais da sociedade fossem quebrando lentamente esses paradigmas machistas duramente traçados pela sociedade tradicional.

A leitura da questão do adultério até meados do século XIX ainda nos comprova a flagrante mentalidade sexista que rebaixa a mulher à condição inferior à do homem. É o que nos diz Mary Del Priore<sup>28</sup> quando considera que o adultério perpetuava-se como expressão de vida da moral machista vigente, a qual referendava o “direito de trair” do homem, mas o execrava em relação à mulher, que jamais poderia titularizá-lo. A ela caberia manter a honra e a intocabilidade do casamento, suportando o comportamento adúltero do marido.

Assim, até hoje os resquícios dessa sociedade machista que vigeu da colonização até o século XIX ainda permanecem fortemente arraigados nas obrigações que a sociedade espera de uma mulher casada. O de procriar ainda é um deles.

Ainda hoje, a mulher que casa e não tem filhos, seja por opção, seja porque tem alguma incapacidade biológica para gerir uma gravidez, seja por qual motivo for, ainda é estigmatizada. De fato, mesmo com as espantosas mudanças de paradigmas do século XX, as quais renunciaram a flexibilização do conceito da família, a qual, agora, é aquela em que bastam-se firmar laços afetivos, em detrimento de laços obrigacionais, mesmo nesta sociedade contemporânea e plural, ainda agonizam os pensamentos tradicionalistas e retrógrados que cobram da mulher o dever de procriar.

Neste sentido, buscando atender aos anseios não somente destas mulheres, mas também de homens inférteis, a ciência foi-se evoluindo no intuito de aproximar os resultados das pesquisas e estudos desta demanda da sociedade,

---

<sup>28</sup> DEL PRIORE, Mary. *Histórias íntimas: sexualidade na história do Brasil*. São Paulo. Editora Planeta do Brasil. São Paulo. 2011. P. 67.

tornando possível o sonho da concretização do projeto parental de casais inférteis, notadamente com o advento das técnicas de reprodução assistida.

Assim, foram se delineando os contornos dos estudos científicos hábeis a viabilizar as técnicas de reprodução assistida, notadamente a inseminação artificial e a maternidade por substituição, segundo GAMA<sup>29</sup>, técnica que pode se utilizar tanto da inseminação artificial homóloga, como também da inseminação artificial heteróloga, desde que a gravidez em si se relacione a outra mulher diversa da que tenha idealizado o projeto parental.

Através do processo de reprodução via maternidade por substituição, pode, portanto, a criança ter até três mães, que figuram no processo de procriação, segundo SILVA<sup>30</sup>, da seguinte forma: mãe genética - a que tem identidade de material genético com o filho, via doação do óvulo; mãe biológica, hospedeira ou natural - aquela que engravida em prol da realização do projeto parental de outra mulher, recebendo seus gametas; mãe socioafetiva - a que idealizou o projeto em comento.

Nas palavras de VENOSA<sup>31</sup>, “a mãe que fornece o óvulo chama-se *geniatrix* e a que colhe em seu ventre o embrião resultante da fecundação do óvulo daquela, que leva a gravidez a bom termo e dá a luz chama-se *gestatrix*.”

O primeiro bebê de proveta da história, Louise Brown, nasceu ao norte da Inglaterra, em Oldham, em 25 de julho de 1978, no Hospital Geral de Oldham.

Na época em que fez o tratamento para ter o bebê, Lesley, a mãe de Louise, tentava ficar grávida de seu marido John havia nove anos. Ela concebeu com sucesso após o tratamento pioneiro, conduzido pelos médicos Patrick Steptoe e Edwards Robert, que se esforçaram por mais de 10 anos em pesquisas e testes para conseguirem, efetivamente, proporcionar o sonho de mães como Lesley<sup>32</sup>.

Louise, nascida com 2,5 kg foi concebida com o uso das técnicas de fertilização *in vitro* e transferência de embrião, tendo sido a sua concepção o marco de um momento científico de muitos progressos no tratamento dos problemas

---

<sup>29</sup> GAMA, Guilherme C N. **O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução humana assistida heteróloga de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo. Renovar, 2003. p. 73.

<sup>30</sup> SILVA, Flávia A N. (2001). **Gestação de Substituição: Direito a ter um filho**. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais, São Paulo, v.1, n.1, dez. 2011, p. 50-67 <<http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasociais/article/viewFile/914/894>> Data de acesso: 07/10/2014.

<sup>31</sup> VENOSA, Silvio S. **Direito Civil: Direito de Família**. 5ªed. 6ºvol. São Paulo: Atlas, 2006. Pág 273-274.

<sup>32</sup> Disponível em: < <http://www.biography.com/people/louise-brown-9542072#synopsis> > , acesso em 08 out. 2014.

relacionados à fertilidade humana, o qual seria, inclusive, o sinalizador da era da engenharia genética<sup>33</sup>.

Com efeito, após o nascimento de Louise, iniciaram-se os estudos e experimentos que visavam à concretização do sonho científico da gestação em útero de substituição.

Neste tipo de reprodução assistida, o empréstimo do útero pode se dar caso ocorra na idealizadora do projeto parental “impossibilidade de produção de óvulos e útero saudável; capacidade de produção de óvulos e ausência de útero ou lesão uterina incompatível com a gestação; ou a cumulação das duas incapacidades.”<sup>34</sup>

São, portanto, as possíveis causas necessárias para adotar a técnica da mãe de substituição: “infertilidade vinculada a uma ausência (congenita ou adquirida) de útero, uma patologia uterina de qualquer tratamento cirúrgico, ou contra-indicações médicas a uma eventual gravidez”. Não importa a causa, seja ela uma anomalia de nascença ou uma consequência de um problema grave descoberto tardiamente na idade adulta, ocasionando o “defeito” no útero, a sanção para a mulher é severa: absoluta impossibilidade de levar a termo uma gestação.<sup>35</sup>

É de 1980 o relato de que um casal do Texas, EUA, teria sido um dos pioneiros a utilizar a técnica de fertilização *in vivo*, através da qual, outra mulher, estranha à união do casal, se disponibilizou a gerar o bebê e foi fertilizada, através de uma seringa, pelo sêmen de Andy, idealizador do projeto parental juntamente com sua esposa Nancy<sup>36</sup>.

Quatro anos após este primeiro caso de maternidade por substituição calçada na fertilização *in vivo*, surgiram notícias do nascimento de crianças geradas na barriga de mulheres de material genético completamente alheio à suas composições. Eram estas as pioneiras dos experimentos de maternidade em útero de substituição com o feto fertilizado *in vitro*.

---

<sup>33</sup> RODRIGUES, Denise D. M.. **Maternidade de Substituição: Aspectos Éticos e Jurídicos**, In XVI Congresso Nacional de Direito “Pensar Globalmente: Agir Localmente”, Belo Horizonte, 2007.

<sup>34</sup> MINAHIM, Maria A. **A Família na Contemporaneidade. Aspectos Jurídicos**. Salvador: JusPodivm, 2007. Pág. 17.

<sup>35</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito. Aspectos Médicos, Religiosos, Psicológicos, Éticos e Jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1995. p. 67.

<sup>36</sup> ALENCAR, Isadora C. N. (2013) **A gestação por substituição à luz do ordenamento jurídico brasileiro**. In Revista do Curso de Direito (eletrônica) -UNIFACS – Salvador, N° 151, jan.2013.

Testemunham-se avanços fantásticos no campo da reprodução chamada assistida. A partir de 1978, com o nascimento de Louise Brown, ou após a rápida disseminação da técnica da injeção intracitoplasmática de espermatozoides pelo mundo desde 1992, o potencial da reprodução assistida tem se mostrado aparentemente ilimitado. Isso remete a questões inéditas, ou mesmo fundamentais, relacionadas à estrutura celular, à genética, à manipulação dos gametas e embriões, ao diagnóstico genético pré-implantação, à seleção de embriões, ao estudo genético das células-tronco embrionárias, à clonagem terapêutica. E acrescentam-se as questões relativas às mudanças/efeito dessas práticas médicas nas práticas sociais.<sup>37</sup>

A fertilização *in vitro*, técnica de fertilização extracorpórea considerada de alta complexidade, ocorre em laboratório, onde os gametas masculinos e femininos são manipulados e fecundados em um tubo de ensaio para, posteriormente, já estando o óvulo fecundado, haver sua implantação no útero da mulher.

Tal técnica pode se dar de maneira homóloga ou heteróloga. Homóloga quando o sêmen e o óvulo utilizados na fecundação pertencem ao casal idealizador do projeto parental; heteróloga quando o material genético constante da fecundação difere em parte ou totalmente do material dos solicitantes da técnica, podendo tanto somente o sêmen ou somente o óvulo, quanto o sêmen e o óvulo serem doados por terceiros.

Hoje, um dos maiores desafios da ciência é tornar essas soluções aos problemas de infertilidade, vislumbradas pelas Técnicas de Reprodução Assistida, acessível a um maior número de pessoas, sem perder de vista as diversidades e pessoais, assim como as questões éticas que tais progressos científicos suscitam<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> MOURA, Marisa D; SOUZA, Maria do Carmo B; SCHEFFER, Bruno B. (2009). **Reprodução assistida. Um pouco de história**. Revista da SBPH, Rio de Janeiro, v.12, dez. 2009.

<sup>38</sup> SOUZA, MCB; Decat de Moura, M; Grynszpan, D (orgs). **Vivências em tempo de reprodução assistida: o dito e o não-dito**. Rio de Janeiro: Revinter, 2008

### 3. AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA EM SEUS ASPECTOS ÉTICOS E JURÍDICOS.

O ser humano, considerado em sua perspectiva individual e em sua dimensão social, como componente de uma unidade amorfa tal qual a sociedade enquanto grupo coeso e indivisível, está sujeito à obediência de uma série de normas gerais de caráter moral e jurídico, as quais desembocam inevitavelmente em obrigações de mesma natureza, as quais se relacionam de maneira interdependente e complementar. No campo da matéria objeto do presente trabalho, qual seja, a utilização das técnicas de reprodução assistida, com enfoque na maternidade por substituição, estas obrigações de cunho moral e jurídico são estudadas pela Bioética e pelo Biodireito, enquanto “ciências interdisciplinares<sup>39</sup>” e coexistentes que são.

Derivados da mesma base, a norma jurídica e a norma moral têm como preceito norteador a ética<sup>40</sup>. Assim, o direito traduz-se em uma ciência que busca disciplinar a conduta humana, promovendo uma verdadeira regulação social com o fim precípua de garantir a paz e a boa convivência entre os indivíduos. Para isto, utiliza-se do poder coercitivo do Estado, a aplicar suas disposições garantindo a pacificação social. Já a moral<sup>41</sup> resulta de um compêndio de valores, formulados pela sociedade em que o indivíduo está inserido, que orientam individualmente a sua conduta.

Desta forma, não há nenhum tipo de controle Estatal com relação à prática ou à infração dos valores morais, pois estes não são normatizados pelo Direito. O que há é um grau maior ou menor de reprovabilidade individual, o qual exsurge de sua consciência social, pelas suas condutas amorais. Os preceitos morais não são, desta feita, dotados de coercibilidade.

Com a evolução da ciência e os avanços biotecnológicos, sem perder de vista o enfoque das técnicas da Reprodução Humana Assistida, os dilemas éticos-jurídicos se avolumaram e foram tomando corpo, inquietando a sociedade

---

<sup>39</sup> JUNGES, José R. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 123.

<sup>40</sup> DINIZ, Maria Helena, **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva. 2005.p. 380.

<sup>41</sup> FERNANDES, José de Souza. **Bioética, biodireito e religião no diálogo sobre eutanásia**. In: SÁ, Maria de Fátima F.; NAVES, Bruno T. O. (coord.). **Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 ,p.13.

principalmente pelo fato de a prática ser escassamente legislada, dado o vácuo normativo concernente ao tema no direito brasileiro.

Nessa perspectiva, a análise dos princípios bioéticos e constitucionais, bem como dos aspectos jurídicos relacionados à prática destas técnicas reprodutivas, são de grande valia para um efetivo balizamento do dever-ser da conduta médica para com os pacientes que optam pelo uso destas práticas, como também para uma melhor compreensão dos aspectos individuais, em suas dimensões psicológica e biológica, e dos aspectos sociais envolvidos na tomada da decisão pela reprodução assistida. Presta-se, ainda, esta análise à criação de condições cognitivas a uma adequada ponderação jurídica de princípios e valores para a solução dos empasses envolvendo esta temática que porventura venham a surgir.

### **3.1. Análise da interface principiológica que norteia o Biodireito à luz da Bioética e do Direito de Família**

A única orientação normativa que se tem sobre o tema é oriunda do Conselho Federal de Medicina, que se esforçou para disciplinar um pouco do tema em sua Resolução nº 1.358, a qual foi posteriormente revogada parcialmente pelas resoluções nº 1.957 de 2010 e 2013/2013, sendo esta última a que vige atualmente. É certo, contudo, que as Resoluções implementadas pelo CFM não têm força cogente, servindo apenas de parâmetro para a classe médica.

Carecendo o tema de legislação específica, faz-se necessário o controle das técnicas biotecnológicas voltadas à reprodução humana assistida pelos postulados gerais da bioética, pelos preceitos constitucionais atinentes à matéria e pelos preceitos morais e jurídicos gerais norteadores da conduta humana.

#### **3.1.1. Princípios bioéticos**

As raízes ideológicas que delimitam a conceituação do termo “bioética”-mencionado pela primeira vez em 1971, no livro “Bioética: Ponte para o Futuro”<sup>42</sup>, do biólogo e oncologista americano Van R. Potter- remontam ao fim da 2ª Guerra Mundial, quando, em decorrência das atrocidades cometidas em nome da ciência , a exemplo do holocausto, a sociedade, instada a reavaliar seus valores, mergulhou em

---

<sup>42</sup> Disponível em < <http://www.ebah.com.br/content/ABAAABVS0AB/bioetica> > Acesso em 12/10/2014

uma profunda reflexão, cujo escopo era justamente o de se estabelecer uma interface entre ética e comportamento<sup>43</sup>.

O desenvolvimento da biomedicina, fomentado pela Grande Guerra em comento, especialmente nos campos de concentração nazista, com os experimentos científicos saindo da esfera da ficção científica para serem realizados na prática, se deu à custa de muito sofrimento humano no episódio inolvidável do genocídio judeu. Com isto, a sociedade despertou para fato de que os avanços científicos precisavam ser balizados pela ética e pela moral, urgindo-se a necessidade de delimitar o progresso científico, que deveria ser pautado fundamentalmente na observação da dignidade da pessoa humana.

O termo “bioética” surge então, neste contexto, com o objetivo de discutir as novas problemáticas, sanáveis graças ao progresso tecnológico, segundo um viés menos tecnicista e mais humanitário, assim, “superando a dicotomia entre os fatos explicáveis pela ciência e os valores estudados pela ética”, conforme considera Maluf<sup>44</sup>.

Desta forma, a bioética surge como uma matéria interdisciplinar que busca organizar a conduta humana segundo parâmetros orientados pela responsabilidade social e ambiental – no que concerne ao respeito aos direitos metaindividuais - e pela dignidade da pessoa humana.

Preceito base do Direito das Famílias, o Princípio da Dignidade da pessoa Humana se nos afigura como a maior conquista brasileira dos últimos anos<sup>45</sup>.

Para Gagliano e Pamplona Filho, a dignidade de um homem não interessa apenas a ele, não sendo um direito disponível. Interessa, pois, ao conjunto social em que ele está inserido, e, portanto, interessa à coletividade, integrando o rol dos direitos metaindividuais<sup>46</sup>, para os quais, ainda, “este princípio traduz, pois, uma diretriz de inegável solidarismo social, imprescindível à implantação efetiva do Estado Democrático de Direito<sup>47</sup>”.

A Carta Magna trata este princípio como preceito basilar à constituição do Estado Democrático de Direito, aduzindo:

---

<sup>43</sup> LEMOS JUNIOR, Eloy P.; DE SOUZA, Ludmila R. **Técnicas de Reprodução Humana Assistida: Controvérsias a respeito da maternidade de substituição.** Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7104a226fe65be03> > Acesso em 19/08/2014.

<sup>44</sup> MALUF, Adriana C. R. F. **Curso de Bioética e biodireito.** São Paulo: Atlas, 2010, p.07.

<sup>45</sup> GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo P. Op cit. p. 55.

<sup>46</sup> GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo P. Op cit. p. 56.

<sup>47</sup> Id, Ibid.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - **a dignidade da pessoa humana**; (*grifou-se*)

Denota-se, assim, o claro conteúdo político do preceito em exame, que, por sua vez, não se submete ao Direito Público ou ao Direito Privado, e, conforme Gustavo Tepedino:

A escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental da erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do §2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento<sup>48</sup>.

O Biodireito, por sua vez, é consequência imediata da Bioética, enquanto ramo do Direito que estuda as implicações jurídicas das problemáticas à elas relacionadas.

Na verdade, o biodireito nada mais é do que a produção doutrinária, legislativa e judicial acerca das questões que envolvem a bioética. Vai desde o direito a um meio-ambiente sadio, passando pelas tecnologias reprodutivas, envolvendo a autorização ou negação de clonagens e transplantes, até questões mais corriqueiras e ainda mais inquietantes como a dicotomia entre a garantia constitucional do direito à saúde, a falta de leitos hospitalares e a equânime distribuição de saúde à população<sup>49</sup>.

De se observar, portanto, que Bioética e Biodireito são matérias complementares, eis que atuam em conjunto e uma depende da outra: aquela depende deste para que suas diretrizes e parâmetros éticos se traduzam em preceitos com força normativa incentivadores de seu cumprimento, enquanto que o este precisa daquela, eis que sem a existência da Bioética, suas normatizações não teriam mais objeto e, assim, o Biodireito, enquanto ciência perderia sua razão de ser.

A função precípua do Biodireito é tutelar a vida humana de forma a evitar que os avanços tecnológicos da biomedicina se sobreponham à ética e à dignidade

---

<sup>48</sup> TEPEDINO, Gustavo, **A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.XXV.

<sup>49</sup> FERNANDES, Thyco B. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 42.

da pessoa humana. Deve, contudo, tomar a devida cautela para não acabar representando óbice ao desenvolvimento da ciência.

O Direito, embora busque constantemente adaptar-se às mudanças comportamentais, atendendo aos anseios da sociedade atual, não consegue acompanhar as rápidas mudanças associadas aos avanços da biotecnologia e às suas aplicações práticas, deixando transparecer o que se denomina de lacuna normativa<sup>50</sup>.

Diante do estudo da Reprodução Humana Assistida, notadamente da técnica correspondente à Maternidade por Substituição e, premente a lacuna normativa regulatória da matéria, já que até este momento não há legislação específica sobre o tema, há que se estruturar algum padrão para a sistematização e unicidade das relações interpessoais que surgirem com base nessas técnicas médicas.

Neste sentido, o estudo dos princípios gerais da Bioética e dos ditames constitucionais, enquanto norteadores das relações jurídicas advindas das técnicas de reprodução assistida, são de fundamental importância.

São os princípios bioéticos, aqueles com base nos valores e ponderações de moral, que devem ser sopesados e determinar a tomada de decisões pelos médicos, no que diz respeito à saúde, de maneira geral e aos seus pacientes, diante das soluções apresentadas pela biomedicina para os anseios e para as necessidades sociais. Adotando-se a análise bioética “principalista”, são quatro os quatro princípios bioéticos fundamentais a serem estudados: *autonomia, beneficência, não maleficência e justiça*<sup>51</sup>.

O Código de Ética Médica, norteador da conduta médica, no Brasil, estabelece uma relação pautada no princípio da autonomia entre médico e paciente. Este postulado prima pela tomada de atos médicos apenas em relação ao paciente que, esclarecidamente, consentiu nesta prática<sup>52</sup>, salvo nos casos em que se afigura risco de vida iminente ao paciente, ocasião em que ao médico é imperativo que se proceda de forma a eliminar ou minorar o máximo possível este risco.

---

<sup>50</sup> LEMOS JUNIOR, Eloy P; DE SOUZA, Ludmila R. Op. Cit.

<sup>51</sup> SCHRAMM, Fermin R.; PALÁCIO Marisa; REGO Sergio. **O modelo bioético principialista para a análise da moralidade da pesquisa científica envolvendo seres humanos ainda é satisfatório?** In Ciência e saúde coletiva vol.13 nº.2 Rio de Janeiro Mar./Apr. 2008

<sup>52</sup> TORRES, Adriana de F. **Bioética: O princípio da autonomia e o termo de consentimento livre e esclarecido.** Jornal do CRM-PB Nº 72, Abril-Junho 2007

O consentimento esclarecido, enquanto manifestação da essência do princípio da autonomia, deve ser dado pelo paciente que se sujeita ao ato médico após uma explanação, de acordo com o nível intelectual do paciente, do procedimento que será nele realizado. Este consentimento, voluntário que é, pode ser, por sua vez, revogado e renovado a qualquer tempo.

Assim, são condições de validade do consentimento a sua voluntariedade, informação e entendimento (estes dois intimamente ligados) e competência (por competência entendendo-se a capacidade jurídica do paciente, a referendar ou não a sua emissão de vontade).

Porém, em casos em que não é possível este esclarecimento, ou em casos em que a validade do consentimento esteja prejudicada, como nos casos em que o paciente é relativa ou absolutamente incapaz (observadas as disposições dos artigos 3º e 4º do Código Civil), este consentimento deve ser emitido pelo seu assistente ou representante, respectivamente.

Neste sentido, afirma Adriana Torres que “algumas variáveis contribuem para que um indivíduo torne-se autônomo, tais como condições biológicas, psíquicas e sociais. Podem existir situações transitórias ou permanentes que uma pessoa pode ter uma autonomia diminuída, cabendo a terceiros o papel de decidir<sup>53</sup>”.

O *princípio da autonomia valoriza a liberdade individual* e requer que os indivíduos capacitados de deliberarem sobre suas escolhas pessoais, segundo suas crenças e valores, sejam tratados com respeito pela sua capacidade de decisão, eis que cada indivíduo é dotado de discernimento do que é melhor para si<sup>54</sup>, tendo, portanto, plenas condições, de definir o que é bom ou ruim para si. Assim, o preceito estipula que as pessoas têm o direito de decidir sobre as questões relacionadas ao seu corpo e à sua vida, devendo, quaisquer atos médicos, ser autorizados pelo paciente.

Observando-se, ainda, a máxima que afirma que “o direito do indivíduo acaba quando começa o de outro”, deve-se considerar que exercícios dos direitos individuais são aceitáveis na exata medida em que não ferem a liberdade e as garantias de outrem. Portanto, a violação do princípio em exame só se torna eticamente aceita quando for o caso de sobreposição do interesse público sobre o individual, como nos casos em que o paciente apresenta risco iminente de vida.

---

<sup>53</sup>TORRES, Adriana de F. Op. Cit.

<sup>54</sup>MALUF, Adriana C. R. F. Op cit. p.11

O postulado da beneficência, enquanto diretriz bioética da promoção do bem, fundamenta-se na autonomia do paciente em decidir o que é melhor para si e, segundo Maluf, “baseia-se na tradição hipocrática de que o profissional de saúde, em particular o médico, só pode usar o tratamento para o bem do enfermo, segundo sua capacidade e juízo, e nunca para fazer mal ou praticar injustiça.”<sup>55</sup>

O princípio da não maleficência, por sua vez, é visto por muitos autores como um elemento do princípio da beneficência, o qual desemboca nos preceitos gerais de não causar mal ao paciente e maximizar os benefícios possíveis e minimizar os danos possíveis<sup>56</sup>. Traduz-se na obrigação dos profissionais de saúde de não causar dano intencional no paciente, sendo uma consequência inevitável do postulado derivado do Juramento de Hipócrates: “*primum non nocere*”<sup>57</sup>.

Ocorre que na realidade da Medicina, pode ser que a solução que se apresente ao caso do paciente que vai se submeter à terapia ou cirurgia, por exemplo, apresente riscos de dano a ele. Nestes casos faz-se mister a observância do princípio da não maleficência, o qual deve ser considerado para medir a efetiva necessidade da realização de algum procedimento que represente, na prática, risco ao paciente. Deve-se então sopesar o risco que se impõe ao paciente no caso do procedimento ser levado a cabo e o risco que a ele se afigura caso o procedimento não seja feito.

Assim, o postulado da não maleficência propõe que se evitem os danos previsíveis e a utilização, de um outro procedimento médico com percentual menor de risco, se houver, devendo-se priorizar o procedimento que tiver menos chances de dar errado.

O princípio da justiça, enquanto norteador também das condutas médicas e dos demais profissionais da Saúde para com seus pacientes, fundamenta-se no art. 196 da Constituição Federal de 1988, o qual aduz que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

---

<sup>55</sup> MALUF, Adriana C. R. F. Op cit. pág 11

<sup>56</sup> The Belmont Report: Ethical Guidelines for the Protection of Human Subjects. Washington: DHEW Publications (OS) 78-0012, 1978

<sup>57</sup> ZAMBON, Lucas S. **Primum non nocere**. Disponível em: <[http://www.medicinanet.com.br/conteudos/biblioteca/901/introducao\\_primum\\_non\\_nocere.htm](http://www.medicinanet.com.br/conteudos/biblioteca/901/introducao_primum_non_nocere.htm)> Acesso em 14 de out. 2014.

Do excerto se extrai que a justiça só alcança o seu fim profícuo estipulado pela Carta Magna se houver uma efetiva preocupação estatal para com a Saúde Pública, para que se dê acesso universal aos tratamentos, terapias e prevenções que visem à redução do risco de se contrair alguma patologia ou de se prolongar por muito tempo a dor ou o desconforto do indivíduo, quando causado por alguma implicação física ou biológica que a medicina possa resolver. Assim, deve haver igualdade de tratamento para os indivíduos e deve haver uma distribuição justa das verbas destinadas à Saúde Pública.

Assim, dada a vedação constitucional à discriminação da atenção estatal voltada ao tratamento dado aos cidadãos, todos devem ter acesso à Saúde, independentemente de credo, cor, raça ou classe social. A dignidade da pessoa humana e o seu bem-estar devem ser as premissas básicas a orientar a prestação estatal no sentido de dirimir os problemas de saúde do indivíduo, mas, embora todos devam ter acesso à tratamento justo, equitativo e igualitário, as peculiaridades do caso concreto devem ser levadas em consideração, de forma que cada paciente tenha o tratamento apropriado à sua situação, ao seu estado de saúde.

Para Aristóteles<sup>58</sup> havia-se, nesta linha de raciocínio, que ser considerado o conceito de equidade jurídica, o qual se entendia na função de interpretar a norma geral em situações particulares, fazendo sua adaptação caso a caso. Com isto, a norma mencionada no termo “acesso universal e igualitário à Saúde”, deveria ser mitigada, pois as necessidades das pessoas são diferentes, sendo, portanto, diferente também o grau da prestação estatal para com cada uma delas, na medida, então, de suas necessidades.

Com isto, a Saúde Pública, gratuita e de qualidade, é encerrada como um dever do Estado na Carta Magna e direito do cidadão brasileiro. A socialização desta, entretanto, ainda é um desafio e deixa as questões relativas à justiça social cada vez mais e evidência, pois, a demanda por tratamentos de alta complexidade e de altos custos é crescente, o que dificulta sobremaneira o acesso a esta forma de saúde assegurada pela constituição: justa, eficaz e igualitária.

Combinados com os princípios bioéticos explicitados, os princípios constitucionais relacionados ao direito à vida e ao direito de procriar, o qual desemboca no direito ao planejamento familiar, são os parâmetros norteadores da

---

<sup>58</sup> **ARISTÓTELES** Apud FORTES, Paulo A. C., **Orientações bioéticas de justiça distributiva aplica às ações e aos sistemas de saúde.**, Revista Bioética, nº16, 2008, p. 28.

conduta médica para com os seus pacientes. Estas disposições gerais contidas neste referencial principiológico são o que propiciarão a segurança hábil a fundamentar a confiança do paciente no seu médico.

Principalmente no que concerne ao tema do presente trabalho, qual seja: a utilização da técnica de reprodução assistida da maternidade por substituição, estes preceitos gerais devem ser cuidadosamente observados, pois, a segurança e a confiança transmitida aos pacientes que se valem deste tipo de tratamento para alcançar o sonho de procriar são fundamentais, avaliada a delicada situação emocional em que se encontram, pois, ainda se considera, não conseguiram os pacientes a reprodução pelas vias naturais, fim que alcançarão através de um meio artificial, dependente, fora a dependência da “mãe suposta” e do doador do sêmen, de uma quarta pessoa envolvida no processo reprodutivo em exame, qual seja, o médico responsável pela concretização dos procedimentos necessários à prática em exame.

### **3.2. Os princípios constitucionais e a legitimação do direito ao uso das TRAs**

Diante da problemática do uso das técnicas de reprodução assistida para o alcance do sonho da procriação, dadas as suas implicações morais e éticas, faz-se necessária a observância dos preceitos constitucionais atinentes ao Direito das Famílias e ao direito de procriar, enquanto derivações do princípio maior da dignidade da pessoa humana, notadamente o qual orienta o desenvolvimento da família, esta em seu papel de viabilizadora do desenvolvimento pleno de seus membros, propiciando o bem-estar e a concretização dos projetos íntimos da vida dos indivíduos que a compõem.

A flexibilização dos valores constitutivos da família, outrora rígidos e definidos pela engessada fôrma do patriarcalismo, transportaram-na do patamar da hipocrisia – aquele em cujo fim precípua era o da procriação, e, dadas as características machistas em que se enfincava, atribuía à mulher todo o ônus do casamento, a qual devia subserviência e fidelidade ao marido, sem que pudesse esperar mesmo em troca, pois a sociedade não cobrava esta postura do homem-para o patamar do amor, da compreensão mútua e da liberdade de escolha.

Assim, na contemporaneidade, não se cabe mais falar em uma única forma de constituição de família, eis que esta é complexa e multifacetada, assim como a sociedade em que está inserida. Está obsoleto, portanto, a antiga noção tradicional judaico-cristã de família vinculada à religião, cujo objetivo era procriar.

Para os conceitos modernos de família, o paradigma valorativo deixa de ser a instituição jurídica como fim e o desloca para o indivíduo, posicionamento sacramentado pela *concepção eudemonista* de família<sup>59</sup>, segundo a qual os interesses e felicidade dos seus membros estão acima dos interesses desta instituição. Com isso a procriação deixou de ser considerada o fim imediato do casamento e passou a ser analisada enquanto direito de cada indivíduo, se e quando ele a considerar importante em seu contexto existencial<sup>60</sup>, sob o aspecto jurídico constitucional, que identifica, de forma individualizada, o direito do homem ou da mulher, à procriação.

Sob o enfoque do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a instituto família reluz em três aspectos essenciais correlacionados fundamentalmente a este preceito constitucional, os quais são destacados por Maria de Fátima Aflen Silva da seguinte maneira:

Em primeiro lugar, a funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros, em particular dos filhos; em segundo lugar, a despatrimonialização das relações entre os consortes e entre os pais e os filhos e; em terceiro lugar, a desvinculação entre a proteção conferida aos filhos e a espécie de relação existente entre os genitores<sup>61</sup>.

Assim, dada a extrema relevância da interpretação do Direito das Famílias à luz da Dignidade da Pessoa Humana, denota-se uma crescente necessidade da despatrimonialização deste direito, com uma conseqüente valorização do ser humano enquanto indivíduo com um fim em si mesmo – buscando a família como meio para as suas realizações pessoais, ponto em que, se observa dever ser a família consagrada como instrumento primordial de proteção e desenvolvimento da

---

<sup>59</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 194.

<sup>60</sup> SOUZA, Wagner Mota Alves. **Direito à procriação, técnicas de reprodução medicamente assistida e a doutrina *venire contra factum proprium* – a inseminação artificial heteróloga e o comportamento contraditório do cônjuge ou companheiro(a)**. Aracaju: Evocati Revista n. 41, maio 2009 Disponível em: < [http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp\\_codartigo=327](http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=327) >. Acesso em: 17/10/2014

<sup>61</sup> SILVA, Maria de Fátima A. **Direitos fundamentais e o novo direito de família**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora: 2006, p.82.

dignidade da pessoa humana<sup>62</sup>- erigindo-se, desta forma, a constitucionalização do Direito Civil.

Observado ainda que, com os avanços biotecnológicos a reprodução deixou de ser um fato essencialmente biológico, relacionado unicamente ao agir humano, passa-se a considerar o fenômeno sob uma nova dimensão, na qual o agir técnico se torna mais um elemento viabilizador da procriação, destituindo o fator biológico de sua posição de único elemento essencial à reprodução<sup>63</sup>.

Com isto, surge a temática do direito de procriar, tema ainda polêmico, mesmo diante da criação dos direitos de quarta geração<sup>64</sup>, relacionados à biogenética, assegurados pela Carta Magna. O reconhecimento deste direito é matéria de necessária regulamentação, pois, somente quando explicitada a tutela jurisdicional ou não à ele é que se poderão definir os limites da atuação médica e das relações jurídicas firmadas com base nestas novas tecnologias reprodutivas.

No que concerne ao direito de procriar propriamente dito, bem como em suas limitações e liberdades, a doutrina pátria é bastante divergente.

Algumas correntes afirmam o direito à procriação como contraditório, eis que a própria natureza determina quem será estéril e quem será fértil. Assim, não haveria por que se falar em “direito” se a prerrogativa de ser capaz ou não de se reproduzir já acompanha o indivíduo desde o seu nascimento<sup>65</sup>.

Há ainda os que defendem que, diante do surgimento das técnicas de reprodução assistida, a reprodução se tornou uma opção para os que, a depender de fatores unicamente biológicos, não a levariam adiante. Assim, instrumentalizou-se a reprodução, de forma que procriação pode ser considerada um objeto de desejo, realizável e adquirível na medida do agir técnico adequado. Com isto, o que há, ao invés de um direito, é um desejo à reprodução<sup>66</sup>, encerrado enquanto uma faculdade, nas palavras de Eduardo de Oliveira Leite:

Este ‘direito’ invocado é apenas uma faculdade, ou melhor, uma liberdade. Catherine Labrusse-Rieu e J.L. Baudoin já se referiram a matéria em termos bastante claros. Existe uma liberdade de engendrar filhos. Quando a

---

<sup>62</sup> SILVA, Eduardo. **A dignidade da pessoa humana e a comunhão plena da vida: o direito de família ante a Constituição Federal e o Código Civil**. In: A reconstrução do Direito Privado. COSTA, Judith M. (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 40.

<sup>63</sup> SOUZA, Wagner Mota Alves. Op. Cit.

<sup>64</sup> BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6

<sup>65</sup> ASCENÇÃO, José de O. **Problemas jurídicos da procriação assistida**. Rio de Janeiro. Revista Forense, nº328, out/dez. 1994, p. 70.

<sup>66</sup> DURANT, Guy. A Bioética: natureza, princípios e objetivos. Trad. Porphírio Figueira de Aguiar Netto. São Paulo: Paulus, 1995, p. 70-75.

natureza se opõe, o direito médico e social criaram um verdadeiro direito à cura da esterilidade tentando vencer este handicap e permitindo o exercício da liberdade de procriar. Entretanto, procriar não é um direito. Até poderia ser se a liberdade em jogo constituísse num direito pessoal ou um direito real. (...) Na realidade, 'não há direito a ter filhos, nem direito de fazer um para outrem. O que há é uma liberdade de desejar um e a liberdade de ajudar o semelhante (estéril) a ter um. O direito a ter filhos, quando se quer, e em qualquer circunstância é reivindicado como direito fundamental, (mas é apenas) a expressão de uma vontade exacerbada de liberdade e de plenitude individual em matérias tais como o sexo, a vida a morte'<sup>67</sup>.

Uma terceira linha de pensamento valida a existência do direito de procriar, cuja natureza é personalíssima, como consectário da liberdade de escolha posta em prática quando se faz opção pela inseminação artificial homóloga ou heteróloga (vez em que o material genético utilizado para a fecundação não é total ou parcialmente dos envolvidos na elaboração do projeto parental)<sup>68</sup>. Para esta corrente, a procriação artificial é reconhecida como um direito atinente à espécie humana, eis que é desdobramento do direito de fundar uma família, por sua vez, confirmado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Para Maria Claudia Crespo Brauner<sup>69</sup>, o direito de procriar está compreendido na linha de varredura dos direitos personalíssimos<sup>70</sup>, elencando-se, pois, dentre os direitos humanos, a demandar, portanto, respaldo e proteção jurídica.

Insta salientar que, muito embora o direito à procriação não esteja expressamente consagrado na Constituição Federal em seu título II, do qual se depreendem os direitos e garantias fundamentais, este preceito não perde o seu *status* de garantia individual, em que pese a Carta Magna ter consagrado a "abertura material do catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais"<sup>71</sup>.

Assim, não é a localização do dispositivo no complexo físico-organizacional do texto normativo constitucional que determina se a norma pode ou não ser enquadrada no rol dos direitos e garantias fundamentais. Com prejuízo do

<sup>67</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 36.

<sup>68</sup> FERNANDES, Tycho B. **A Reprodução Assistida em Face da Bioética e do Biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 69.

<sup>69</sup> BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 52

<sup>70</sup> Consideram-se direitos da personalidade, segundo Carlos Alberto Bittar, "os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos" - BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p.10 – Sendo assim, o direito à procriação é um direito da personalidade, na exata medida em que o seu exercício encerra um projeto de vida de seu titular, tendo, pois, grande importância para o desenvolvimento da personalidade.

<sup>71</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 5<sup>a</sup> edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 101.

critério formal para se aferir a natureza das normas, na Constituição de 1988 sobressaiu-se o critério material, a partir do qual devem ser observados o conteúdo e a natureza jurídica do regramento constitucional, para se qualificar um direito como fundamental ou não.

Corolário do entendimento de que o direito à procriação assistida é garantia fundamental, à luz da Constituição, é que os direitos relacionados à estruturação da família e de seu planejamento são reconhecidos por este compêndio normativo com uma grande carga de importância, dado o fato, extraído da leitura de seu art. 226, de que a família é a base da sociedade.

Alçada, pois à condição de pilastra para a manutenção da sociedade, a instituição da família enseja uma série de direitos e garantias fundamentais, tal qual o direito ao planejamento familiar (art. 226, §7 da CF/88), enquanto consequência prática do desdobramento do direito de procriar como elemento inerente à condição humana e primordial à realização pessoal do indivíduo, sem jamais olvidar a dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável.

Consoante este entendimento de que, em que pese não está explicitado na Carta Magna a condição do direito de procriação enquanto direito fundamental, dever ser assim entendido este direito pelo conteúdo das normas a ele relacionadas, é o fato de que o direito à procriação não pode ser extirpado do ordenamento jurídico sequer por emenda constitucional, conforme disciplina do art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal, o qual aduz *in verbis*: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais”, por qualificar-se como cláusula pétrea.

Seguindo este raciocínio, enquanto desdobramento do direito fundamental à procriação, o planejamento familiar, conforme disciplina o art. 2º da Lei nº 9.263/96, é definido como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”, também é alçada à qualidade de direito fundamental, que deve ser garantido pelo Estado, na medida em que cabe a este promover as condições e providenciar os recursos técnicos e científicos bastantes ao seu livre exercício.

Dada a natureza do direito de procriar, direito personalíssimo alçada à condição de direito fundamental, ao Estado não cabe a imposição de medidas arbitrárias que visem a coibir ou a limitar o direito de gerar do casal, é o que postula

o Código Civil em seu art. 1565, §2º: “O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas”.

Seguindo essa linha de argumento, enfatiza-se que o direito de gerar revela o direito à intimidade e à auto-determinação das pessoas, não podendo ser cerceado ou limitado, como acontece em certos países, como a China. (...) Um Estado que impõe uma política de reprodução humana tolhe o direito inalienável das pessoas em ter filhos, viola o direito de seus cidadãos quando os impede de gerar, ou, quando impõe um número restrito para a prole<sup>72</sup>.

O direito de procriar, assim como qualquer outro direito, não é absoluto. A ele também cabem limitações, estas igualmente dispostas no texto constitucional. Com efeito, a dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável devem ser os parâmetros nos quais o planejamento familiar, notadamente a reprodução assistida deve ser pautar.

Ao Estado não cabe estabelecer qualquer limite ou condição ao direito fundamental do indivíduo ao seu planejamento familiar, exceto quando suas deliberações forem atuar fora do âmbito de autonomia privada deste indivíduo. O controle estatal deve, pois, se fundar primordialmente no direito à saúde e na autonomia do casal. Ainda, o planejamento familiar não pode se prestar a realizar o planejamento populacional, porque não deve induzir o comportamento social ou sexual, nem deliberar quantos filhos o casal pode ou deve ter<sup>73</sup>.

Corroborando esta posição, ensina Arnaldo Rizzardo:

desde que não afetados princípios de direito ou o ordenamento legal, à família reconhece-se a autonomia ou liberdade na sua organização e opções de modo de vida, de trabalho, de subsistência, de formação moral, de credor religioso, de educação dos filhos, de escolha de domicílio, de decisões quanto à conduta e costumes internos. Não se tolera a ingerência de estranhos – quer de pessoas privadas ou do Estado -, para decidir ou impor no modo de vida, nas atividades, no tipo de trabalho e de cultura que decidiu adotar a família. Repugna admitir interferências externas nas posturas, nos hábitos, no trabalho, no modo de ser ou de se portar, desde que não atingidos interesses e direitos de terceiros”. (...) Dentro do âmbito da autonomia, inclui-se o planejamento familiar, pelo qual aos pais compete decidir quanto à prole, não havendo limitação à natalidade, embora a falta de condições materiais e mesmo pessoal dos pais. Eis a regra instituída no §2º do art. 1565: “O planejamento familiar é de livre decisão do casal,

<sup>72</sup> BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Op. cit., p. 54.

<sup>73</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 139.

competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas<sup>74</sup>.

O Estado, então, não poderia, em regra, ferir o princípio da isonomia e, editar normas que obstassem ou limitassem o acesso aos modernos métodos de reprodução artificial, consubstanciado nas Técnicas de Reprodução Assistida (TRAs) desde que observada a existência de indicação médica, que identifique o problema de saúde reprodutiva.

Ainda que condicionado à observância de certas condições para que se possa fazer uso de qualquer das técnicas de reprodução assistida, a exemplo da priorização do melhor interesse da criança, sob o enfoque da dignidade da pessoa humana, o direito à procriação existe no ordenamento jurídico brasileiro, o qual, inclusive, consagrou os avanços do pensamento moderno, ante o advento da quebra dos paradigmas tradicionais da família patriarcal, estabelecendo-se no art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente qualquer pessoa, civilmente capaz e maior de 18 anos, pode adotar, independentemente de seu estado civil<sup>75</sup>.

Com isto, o Direito brasileiro acenou legalmente para a possibilidade de mães solteiras adotarem uma criança, sem a necessidade de está casada. Reconhecendo, portanto, a validade da família monoparental, o ordenamento jurídico brasileiro avançou e, neste sentido, não se poderia conceber que este mesmo compilado normativo proibisse a mulher solteira de recorrer as técnicas de reprodução assistida, estampado que seria tamanho retrocesso.

Da mesma forma, da leitura do artigo em exame se depreende que se os interessados são maiores de idade, independentemente do estado civil que ostentem, têm o direito de buscar remédio para a esterilidade/infertilidade, ressalvado a condição de capacidade física e mental para se ocupar convenientemente de uma criança<sup>76</sup>.

Equipara-se o tratamento jurídico dado, então, a adoção e à gestação, eis que a consequência prática no mundo jurídico de ambas as situações aventadas é similar: a criação de um ser no seio de uma família que naturalmente não seria a

---

<sup>74</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 15 e 16

<sup>75</sup> RIBAS, Ângela M P. **Aspectos contemporâneos da reprodução assistida**. Disponível em < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2985](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2985) > Acesso em 20 out. 2014.

<sup>76</sup> BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Op. cit., p. 78.

sua, se se dependesse das condições naturais inerentes ao ser humano no tocante aos seus aspectos biológicos e físicos necessário à gestação.

Corroborando a positivação do direito à procriação, então, o princípio da igualdade, assegurado constitucionalmente, veda qualquer tipo de discriminação entre os indivíduos que compõe o corpo social. Assim, se não há qualquer obstáculo ou imposição legal àquele que não quer ter filhos, se não há nenhum tipo de pressão ou coação estatal no sentido de obrigar alguém a procriar, igualmente não pode haver limitações à vontade de procriar. Neste sentido, a procriação consubstancia-se em um direito, pois requer uma prestação do Estado, seja negativa – de não obstar o projeto parental – seja positiva – de auxiliar o tratamento das causas de infertilidade, provendo material humano e científico hábil para tanto.

Para Paludo, o Estado não pode discriminar as pessoas estéreis, tolhendo-lhes o direito de escolher se podem ou não ter filhos, conforme afirma:

A discriminação pela pessoa estéril se reflete ainda hoje sobre a sociedade moderna, podendo aquela sentir-se desigual às demais pessoas do convívio social não pelo fato de ser incapaz de conceber, mas sim por não poder escolher entre ter ou não ter filhos. Todavia, o avanço da ciência permitiu aos casais estéreis a possibilidade de procriar, de exercer a maternidade ou a paternidade<sup>77</sup>.

Fala-se, portanto, na vedação constitucional à diferenciação do regramento destinado à indivíduos férteis e à indivíduos inférteis. Resta patente, pois, a procriação enquanto direito fundamental que deve ser resguardado pelo Estado.

A observância do melhor interesse da criança também não deve ser olvidada, e, na forma que a Constituição dispõe, é vedado ao casal recorrer às TRAs quando o seu objetivo for unicamente satisfazer aos anseios egoísticos do casal, quando se observar que a criança gerada por estes métodos será apenas um meio para a busca da felicidade do casal, execrando-se, portanto, a reificação da criança e tentando-se, ao máximo, amenizar a instrumentalização do corpo e da reprodução humana. Com isso, a Constituição buscou resguardar a dignidade e o interesse da criança.

A Carta Magna, ao dispor, em seu art. 5º sobre a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem e da liberdade de expressão,

---

<sup>77</sup> PALUDO, Anison Carolina. **Bioética e Direito: procriação artificial, dilemas ético-jurídicos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, nº 52, 01 nov. 2001, Disponível em < <http://jus.com.br/revista/texto/2333> > Acesso em 20 out. 2014

matérias intimamente ligadas aos direitos da personalidade, dispõe indiretamente sobre o direito à procriação. No art. 218, ainda, estabelece o texto Magno o apoio estatal dado à pesquisa científica e aos avanços da tecnologia.

Estas disposições, quando combinadas com a disciplina do art.6º da CF/88, o qual assegura o direito à saúde, legitimam o papel do Estado enquanto titular do dever de viabilizar Saúde Pública ampla, irrestrita e de qualidade como direito fundamental do cidadão, corolário do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Se considerarmos o direito da pessoa ao acesso à saúde e observado o fato de que a esterilidade, bem como a infertilidade, é uma doença, concernente a um problema da saúde reprodutiva, respaldado pelo art.6º da CF/88, o cidadão acometido destes males tem o direito de exigir do Estado que lhe promova a saúde adequada, mesmo que, em muitos casos não se vá curar a infertilidade/ esterilidade, perquirir-se-á por um adequado e eficaz tratamento do problema.

Neste contexto, o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM)<sup>78</sup>, visando à implementação dos direitos da autonomia reprodutiva, em sua interface com o planejamento familiar, conquistados pela população brasileira com o advento da Constituição de 1988 e baseado no princípio concernente ao direito à saúde, surgiu para consolidar os avanços no campo do direito à procriação, tema de bastante efervescência doutrinária, dados os avanços da biomedicina, conferindo-se especial atenção à melhoria no tratamento obstetrício; ao planejamento familiar; ao exame, descoberta dos motivos e provimento de soluções e tratamento para as causas de aborto espontâneo e ao combate à exploração sexual e à violência doméstica, voltando-se o programa à melhoria da qualidade de vida da mulher e à sua promoção de saúde<sup>79 80</sup>.

---

<sup>78</sup> "Tornou-se urgente a necessidade de elaboração de políticas públicas que atendessem a mulher em todos os aspectos e não apenas no aspecto reprodutivo. Com a crescente consolidação das ações de promoção da saúde, o cenário mundial vem sendo transformado e uma ênfase é dada à visão integral dos indivíduos. Logo, vislumbrando a influência desse tema nas políticas públicas nacionais voltadas à saúde da mulher, decidiu-se pela realização deste estudo que objetiva analisar, epistemologicamente, os pressupostos da promoção da saúde na atual Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher (PNAISM)." - Freitas G L; Vasconcelos C T M; Moura E R F, Pinheiro A K B. **Discutindo a política de atenção à saúde da mulher no contexto da promoção da saúde.** Rev. Eletr. Enf. [Internet], 2009 Disponível em < <http://www.fen.ufg.br/revista/v11/n2/v11n2a26.htm> > Acesso em 20/10/2014

<sup>79</sup> Ministério da Saúde. **Política nacional de atenção integral à saúde da mulher: princípios e diretrizes.** Brasília: Ministério da Saúde; 2004.

<sup>80</sup> O termo promoção da saúde, definido em 1986, durante a I Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde em Ottawa, no Canadá, estava associado aos elementos da atenção primária. A responsabilidade pela saúde era exclusivamente desse setor e se baseava no modelo biomédico, voltado à atividade curativa, de forma individualizada e, portanto, de baixo impacto. Mais tarde, o termo Promoção da Saúde passou a ser associado à

A principal forma de atuação do programa assistencial é no sentido de que os indivíduos sejam, portanto, atendidos de forma personalizada, em suas demandas específicas relacionadas à saúde reprodutiva e, em conformidade com o postulado bioético da não maleficência, de forma a minimizar os riscos advindos da procriação, abrangendo o programa a anticoncepção - quando à mulher for contraindicado que engravide - e cuidando-se dos casos de infertilidade quando for do desejo da mulher, do homem ou do casal a procriação.

Da mesma forma, o princípio da legalidade também tutela o direito de procriar, eis que, no ordenamento jurídico pátrio não há previsão expressa à vedação deste direito. Ainda nas palavras de Anison Carolina Paludo:

(...) não bastasse às previsões legais, tomando como base os princípios da legalidade e da anterioridade, vigentes em nosso sistema jurídico, conclui-se que a procriação artificial é de fato uma atividade lícita, pois no nosso ordenamento jurídico, tudo o que não é proibido a princípio, é permitido, assim não havendo uma proibição legal expressa e específica nem uma tipificação de crime, são válidas as técnicas de procriação artificial na tentativa de solucionar a infertilidade humana<sup>81</sup>.

Realmente, no ordenamento jurídico pátrio não há legislação específica com relação à prática da reprodução assistida. A única orientação normativa de que se dispõe é a exarada pelo Conselho Federal de Medicina, na Resolução nº1957/10, a qual resume seus esforços na definição de parâmetros éticos a serem seguidos pela equipe médica que implemente o tratamento escolhido pelo paciente que for se utilizar de alguma das técnicas da reprodução assistida.

Nesse sentido, Borges e Oliveira afirmam:

No Brasil, enquanto impera a inércia do legislador ordinário, o Conselho Federal de Medicina, considerando a necessidade de harmonizar o uso das técnicas com os princípios da ética médica, aprovou, em novembro de 1992, a Resolução nº 1358, que reflete normas compatíveis com os princípios constitucionais e com o ordenamento jurídico, embora não solucionem diretamente os conflitos inerentes às práticas. Essa resolução não tem força de lei, mas é hoje uma das diretrizes responsáveis pelo controle social da utilização das técnicas<sup>82</sup>.

Neste contexto dicotomizado pela busca individual à realização pessoal através do projeto parental e a resistência da sociedade em se permitir a utilização

---

qualidade de vida e o sujeito passou a ter autonomia sobre seu estado de saúde - CZERESNIA D. **O conceito de saúde e a diferença entre promoção e prevenção**. CZERESNIA D, FREITAS CN. Promoção da saúde: conceitos, reflexões, tendências. Rio de Janeiro: FIOCRZ; 2003. p. 39-53.

<sup>81</sup> PALUDO, Anison Carolina. Op. Cit.

<sup>82</sup> BORGES JÚNIOR, Edson; OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de. **Reprodução assistida: até onde podemos chegar?** São Paulo: Editora Gaia, 2000, p.18.

de certos meios de reprodução, e, diante da parca normatização da matéria relativa as técnicas de reprodução assistida e seus limites jurídicos, faz-se necessário o uso dos princípios constitucionais, reconhecendo-se a posituação do direito à procriação, corolário do direito à isonomia, à liberdade, ao planejamento familiar, sobretudo, em respeito ao preceito superior norteador do Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

#### 4. NOTAS ACERCA DA MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO À LUZ DA BIOÉTICA

Dentre as técnicas de reprodução assistida mais polêmicas encontra-se a maternidade por substituição, prática que consiste na sub-rogação do útero de uma mulher com a finalidade de dar à luz uma criança e entregá-la a um casal que pelos meios natural de procriação não conseguiria gerar um bebê.

Com efeito, um casal pode ser acometido de esterilidade, quando não há possibilidade de ocorrer o encontro gamético, devido à algum defeito na produção dos gametas sexuais de um dos indivíduos ou dos dois idealizadores do projeto parental, ou pode sofrer com o mal da infertilidade, problema que acomete algumas mulheres, quando não há a possibilidade de desenvolvimento embriológico, o qual pode se dar por diversos fatores.

Muito embora sejam usados indistintamente, como expressões sinônimas, esterilidade e infertilidade são conceitos diversos e, explicados por Maria Helena Machado<sup>83</sup>, se apresentam da seguinte forma: “a esterilidade se caracteriza pela impossibilidade de ocorrer fecundação numa situação irreversível. É a incapacidade definitiva para conceber (...) a infertilidade é a incapacidade definitiva de ter filhos vivos, sendo possível a fecundação e o desenvolvimento do embrião ou feto equivalente à hipofertilidade”.

Com o avanço da ciência conjuntamente à quebra dos paradigmas sociais edificadores da família nos moldes tradicionais, a sub-rogação do útero materno tornou-se uma realidade para os casais, sejam eles homo ou heterossexuais. Com efeito, se utilizada a reprodução *in vitro* com transferência de Embrião<sup>84</sup>, pode haver a fecundação de um gameta feminino por outro gameta feminino através da transferência nuclear de uma célula sexual para o outra<sup>85</sup>.

Assim, a técnica permite até que se alije a participação da figura masculina do processo reprodutivo, fato que contribui ainda mais para aumentar a

---

<sup>83</sup> MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos & jurídicos**, Curitiba: Juruá, 2003. p. 17.

<sup>84</sup> PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Cristian de Paul. **Problemas atuais da Bioética**. São Paulo: Loyola. 5ª ed. 2000. P. 220

<sup>85</sup> SILVA, Reinaldo P; LAPA, Fernanda B. (org); **Bioética e Direitos Humanos**. Florianópolis: OAB/SC, 2002. P.172

polêmica em torno desta prática de reprodução assistida, pois, fala-se na participação de três mães no processo reprodutivo (as duas doadoras do material genético e a mãe que sub-rogará o útero) e na ausência de um pai.

A ciência, de fato, avançou no sentido de conseguir incorporar os anseios sociais, atendendo a demanda dos novos agrupamentos familiares, surgidos e consolidados sobretudo a partir do século XX, e se prestando a tratar do estigma da infertilidade/esterilidade com o advento da criação das técnicas de reprodução assistida (TRAs).

Esta crescente evolução da biotecnologia, entretanto, não pôde ser acompanhada pelo direito pátrio, de forma que, assim como as demais TRAs, a maternidade por substituição não tem disciplinamento legal. Assim, a solução dos conflitos surgidos em torno desta temática se dá através da hermenêutica constitucional, aplicando-se a analogia, e através da manipulação dos princípios gerais do direito, observando-se sempre o disposto na Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina, buscando jamais olvidar dos princípios bioéticos norteadores da conduta médica e da moral e da ética social.

Estes parâmetros utilizados para a melhor solução das dúvidas ou impasses surgidos diante dos casos concretos envolvendo matéria de enfoque do presente estudo, qual seja a maternidade por substituição, a exemplo de questões como a filiação da criança envolvida neste processo, o reconhecimento da maternidade, a habilitação para sub-rogação do útero, devem ser cuidadosamente aplicados, avaliando-se a natureza jurídica da relação firmada entre os sujeitos envolvidos na prática e as limitações éticas a ela relacionadas.

Os conflitos que desta técnica reprodutiva podem surgir sempre envolvem questionamentos de cunho ético e jurídico, denotando-se premente a necessidade de elaboração de um complexo normativo apto a disciplinar o tema e a conferir o mínimo de segurança jurídica aos sujeitos envolvidos na maternidade por substituição.

#### **4.1 Aspectos jurídicos e bioéticos da maternidade por substituição**

O ordenamento jurídico brasileiro ainda não consegue acompanhar os avanços da biotecnologia, deixando à míngua de qualquer regulamentação o tema

da maternidade por substituição. Com isso, as repercussões éticas, jurídicas e sociais que surgem dessa nova maneira de estruturação familiar, a dispensar a fórmula tradicional de procriação – dada primariamente a partir da conjunção carnal entre homem e mulher como único meio a permitir a união dos gametas sexuais masculinos e femininos imprescindível ao fenômeno da reprodução – deixam o ambiente social repleto de dúvidas e de inquietude dos seus indivíduos.

O ordenamento jurídico pátrio, até o presente momento, não se prestou a regular a matéria, sendo certo que, diante deste vazio legislativo, a única forma de tratar do tema é utilizando o Regulamento 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina à luz dos princípios civis-constitucionais.

Para a Resolução nº 1957/2010 do CFM, a Reprodução Humana Assistida era identificada como tratamento prescrito para casos de esterilidade/infertilidade, portanto, sua utilização estava condicionada à existência de um problema médico que impedisse ou contraindicasse, em termos médicos, a gestação na doadora genética. Posteriormente tendo sido esta Resolução revogada pela de nº 2013/2013, o alcance da autorização para o uso das técnicas foi abrangido e passou a abarcar qualquer indivíduo que tivesse dificuldade para procriar: “1 - As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar a resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação.”

A autorização para o uso das TRAs, portanto, passaram a contemplar qualquer fator suficiente a obstar a realização do projeto parental, seja ele de ordem pessoal – relacionado, por exemplo, à escolha de uma produção independente, como é o caso das mães solteiras (legitimado pelo reconhecimento constitucional da família monoparental) ou dada a opção de uma união com outrem do mesmo sexo, o que é o caso dos casais homoafetivos – física-estrutural, quando a mulher não tem o aparelho reprodutor em perfeitas condições de levar adiante uma gravidez; seja biológico, interferido por alguma patologia clínica, tal qual a AIDS, caso em que não se aconselha a paciente à gestação.

Com a Resolução 2013/2013 o CFM não restringiu a origem do problema que enseja o direito ao uso das técnicas de reprodução assistida, mas, apenas se referiu de forma genérica às suas causas autorizatórias, de forma que as pessoas possam optar pelo uso das técnicas artificiais de reprodução, caso por algum motivo, qualquer que seja, não consigam pelas vias naturais se reproduzir. Com isto, o

Conselho Federal de Medicina buscou se alinhar à nova realidade social dos novos agrupamentos familiares e buscou alcançar a mais variada gama de pessoas que vislumbrem na reprodução assistida sua única chance de realizar o sonho da maternidade/paternidade.

Ainda, segundo Borges e Oliveira<sup>86</sup>, a Resolução em exame, resultado de modificações e adaptações das anteriores (Resoluções nº 1358/92 e nº 1957/2010), são resultado da necessidade de harmonização das técnicas médicas com os princípios éticos, os quais são, por este documento, como não poderiam deixar de ser, compatibilizados com os princípios constitucionais e com o ordenamento jurídico pátrio, e, em que pese não solucionarem diretamente os conflitos relacionados a esta prática, serve de paradigma para seu controle social.

Muito embora o Código Civil Brasileiro tenha se imiscuído da definição da família contemporânea, a Constituição de 1988 o fez, reconhecendo a sociedade plural e alguns diversos novos agrupamentos familiares, mas que já denota seu claro posicionamento vanguardista de quebrar o tabu da família patriarcal, tais quais a família monoparental e homoafetiva, e aquelas constituídas pelo casamento, pela união estável ou unicamente pelo vínculo afetivo. A Resolução em exame seguiu a tendência constitucionalista e reconheceu para além da mulher casada os sujeitos das técnicas de reprodução assistida.

Dando vazão ao princípio constitucional da igualdade, optou o regramento médico, de maneira implícita, por contemplar, enquanto sujeito da Reprodução Assistida, qualquer indivíduo que almeje a reprodução e não seja capaz dela pelos meios naturais, conforme a leitura do primeiro princípio geral afixado na Resolução 2013/2013, e, de maneira explícita, asseverou a autorização destas técnicas para os casais homoafetivos e para as pessoas solteiras, independentemente de sua orientação sexual, senão vejamos:

#### II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a mesma, de acordo com a legislação vigente.

2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico.

---

<sup>86</sup> BORGES JÚNIOR, Edson; OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de. **Reprodução assistida: até onde podemos chegar?** São Paulo: Editora Gaia, 2000, pag. 18.

A Resolução cuidou, ainda, em estabelecer limites gerais para a realização das TRAs, relacionados aos aspectos biológicos dos candidatos sujeitos à submissão às técnicas, às condições físicas e organizacionais das clínicas que implementarão o processo e, sobretudo, traçou parâmetros éticos gerais a serem seguidos, como por exemplo, a vedação à seleção genética<sup>87</sup> e à clonagem.

O corpo normativo infralegal deu atenção especial para os casos de cessão temporária do útero, ou, maternidade por sub-rogação. O CFM preocupou-se em pormenorizar os limites da implementação da técnica, para os quais a idade limite para a candidata à gestação por substituição não pode ser superior a 50 anos; é obrigatório, ainda, que haja o consentimento livre informado dos candidatos sujeitos ao processo, o qual deve ser expresso em um documento escrito e assinados por todos os seus participantes (doadores genéticos, receptora do embrião e os idealizadores do projeto parental), sempre observando um dos preceitos máximos da bioética, qual seja a autonomia do paciente; o número de embriões a serem implantados na barriga de cada receptora não poderá exceder o número de quatro<sup>88</sup>.

Em que pese o Código Civil de 2002 não ter trazido regulamentação sobre a maternidade por substituição, os princípios constitucionais da igualdade, da liberdade de escolha, e do direito à procriação legitimam a técnica, de forma que, embora eivada de vácuo legislativo a matéria em questão, o poder judiciário não poderá se eximir de sua função jurisdicional, a solucionar os casos práticos envolvendo qualquer conflito oriundo das relações firmadas para a consolidação da maternidade por substituição.

Sob esta ótica, as questões relativas à filiação, à definição de maternidade e aos limites e exceções aos pré-requisitos necessários à cessão do

---

<sup>87</sup> O objetivo básico da presente palestra refere-se a demonstração da impossibilidade da manipulação genética humana intitulada "clonagem", no contexto da Carta Magna e do ordenamento jurídico vigente, que dispôs, claramente, sobre determinados valores constitucionais que impedem tal procedimento, dentre eles, o direito à vida (artigo 5º, caput) e a dignidade humana (7) (art. 1º, inciso III), bem como, a norma do art. 225, § 1º da Constituição Federal, que trata da "preservação da diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e da fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético" e do "emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente". - FARIAS, Paulo José Leite. **Limites éticos e jurídicos à experimentação genética em seres humanos. A impossibilidade da clonagem humana no ordenamento jurídico brasileiro.** Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n. 21, 19 nov. 1997. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/1856> >. Acesso em: 30 out. 2014.

<sup>88</sup> Segundo a Resolução 2013/2013, a quantidade de óocitos implantados na barriga da receptora ainda irá se condicionar à sua idade sendo permitido somente até 2 embriões para mulheres com até 35 anos, até 3 embriões para aquelas entre 36 e 39 anos e de até 4 embriões para mulheres entre 40 e 50 anos.

útero devem ser alinhados à prescrição do ideal de conduta ética médica e aos anseios sociais, sempre analisados à luz do princípio da dignidade humana.

#### **4.2 A filiação oriunda das técnicas de reprodução assistida**

Com o advento das TRAs, e como consectário desta forma de reprodução humana pautada na técnica médica e na intervenção de terceiros no processo reprodutivo (que são desde os médicos aos doadores de gametas/ cedente do útero), surge também uma nova forma de filiação, artificial, adaptada ao novo contexto social plural, marcado pelas diversas novas formas de constituição familiar para além da estrutura rígida e patriarcal vigente até meados do séc. XX, o que permitiu a quebra do paradigma da reprodução unicamente pelas vias naturais.

Tratada superficialmente no Código Civil, a questão da filiação causa muita polêmica quando diz respeito à prole gerada a partir da maternidade por substituição, pois, segundo o texto normativo civil, a abordagem restringe-se apenas à temática da presunção de paternidade para os filhos advindos de técnicas de reprodução assistida, compreendidas em suas formas homólogas e heterólogas, mas sem envolver explicitamente aqueles casos em que a reprodução se dá através da cessão do útero de uma terceira para a gestação. É o que diz o excerto transcrito:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

É crescente a inquietude social a respeito de uma definição pragmática e objetiva do que deve ser considerado a verdadeira família, de qual deve ser a legítima filiação da criança gerada pela maternidade por substituição, se deve ser esta vinculada no seu registro de nascimento à mulher que a trouxe à luz, à que a

deu descendência através da doação do material genético ou à que a idealizou no projeto parental que ensejou o uso da técnica de reprodução artificial.

Segundo preleciona Sílvio de Salvo Venosa:

a filiação é, destarte, um estado, o *status familiae*, tal como concebido pelo antigo direito. Todas as ações visam a seu reconhecimento, modificação ou negação. São, portanto, ações de estado. O termo filiação exprime a relação entre o filho e seus pais, aqueles que o geraram ou o adotaram. A adoção sob novas vestes e para finalidades diversas, volta a ganhar a importância social que teve no Direito Romano<sup>89</sup>.

Com isto, a filiação pode ser compreendida como a relação sanguínea ou afetiva que enseja, no mundo jurídico, descendência em linha reta de primeiro grau. Para este estudo, serão considerados o critério biológico e o da verdade-biológica para se aferir o direito de filiação.

À época em que ainda vigia o modelo tradicionalista de família brasileira, o casamento era o único legitimador à reprodução. Com isso, até o advento da CF/88, que vedou a discriminação dos filhos segundo sua origem (se havidos na constância do casamento ou não, se adotados ou consanguíneos), apenas o casamento era reconhecido como meio legítimo a se atingir a procriação. Assim, a filiação só poderia ser juridicamente aceita se consecutória do casamento, da mesma forma simplista assegurava a maternidade ser estabelecida de forma exclusiva pelo parto.

A evolução do posicionamento jurídico pátrio, ao acompanhar os avanços científicos e as novas demandas sociais, fez o direito de filiação perpassar por três fases distintas em cujos momentos se identificou como característica primordial para a imputação de paternidade primeiramente a verdade jurídica<sup>90</sup>, validado ainda pelo sistema de presunções constante do Código Civil (art. 1597) em seguida a verdade biológica<sup>91</sup> e por fim, no estágio atual, a verdade socioafetiva<sup>92</sup>.

---

<sup>89</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Direito de Família**. Vol. 6. 6º ed. São Paulo. Editora Atlas. 2006. p. 228.

<sup>90</sup> Constante ainda do ordenamento jurídico pátrio, herança ainda do Código Civil de 1916, a filiação baseada na verdade jurídica é aquela que presume a paternidade em razão do casamento. Consagra os princípios *pater is est quem nuptia demonstrant- pai é o que as núpcias demonstrarem-* e *mater semper certa est-* mãe é sempre certa. Seus resquícios ainda sobrevivem no atual Código Civil em seu art. 1597, I e II.- TOMASZEWSKI, Adauto de A.; LEITÃO, Manuela N., **Filiação socioafetiva: a posse do estado de filho como critério indicador da relação paterno-filial e o direito à origem genética**. Revista jurídica da UniFil, ano III, nº3. Disponível em < [http://web.unifil.br/docs/juridica/03/Revista%20Juridica\\_03-1.pdf](http://web.unifil.br/docs/juridica/03/Revista%20Juridica_03-1.pdf) > Acesso em 27/out. 2014

<sup>91</sup> Com o advento do exame de DNA como forma de comprovar a origem genética da criança, a verdade biológica tornou-se uma realidade a ser considerada quando a presunção de paternidade asseverada pela verdade jurídica não era suficiente para trazer a um dos componentes familiares ou a todos a certeza da

A verdade biológica se tornou uma realidade com o advento da Lei nº 8560/92, a qual, se prestando a regular a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento - bem como a disciplinar a forma do registro civil deste reconhecimento, estabelecendo ainda alguns limites e vedações à forma como isto deve ser feito com relação às informações que devem ser acostadas ao documento civil e com relação à legitimidade para a propositura da ação de reconhecimento de paternidade - impôs as devidas responsabilidades aos pais biológicos dos filhos reconhecidos de forma voluntária ou através de procedimento oficioso.

Entretanto, a determinação do vínculo parental feita pelo exame de D.N.A é precária, pois, peca pelo fato de simplificar muito a relação de filiação, determinando-a unicamente pelo fato do compartilhamento de uma carga genética semelhante. Com efeito, baseia-se este critério em uma forma de aferição cartesiana e matemática de aferição de similitude de material genético, desprezando-se, até porque não teria como este sistema de verificação se propor a tanto, o critério afetivo, as sensações, as emoções e o liame do amor que integra a família contemporânea, em seu sentido mais moderno, amplo e plural referendado pela Constituição de 1988.

Neste mesmo sentido, afirma Brauner:

Nem sempre aquele que gera se interessa por sua descendência e, há de aceitar-se que muitos pais e mães genéticos, prefeririam que seu filho não tivesse sido gerado, e podem passar de uma atitude de negação da existência do filho, ao completo desprezo pelo seu destino, principalmente, quando o vínculo formal de filiação foi estabelecido de forma forçada, através de uma ação de investigação de paternidade (...) indo além da simples declaração de filiação biológica determinada através de exames científicos, sejam estes de menor ou maior complexidade, como no caso do exame de D.N.A, percebe-se que a autêntica relação de pai e filho requer mais que a mera determinação da descendência genética, atribuindo-se finalmente, relevância a noção subjetiva dos laços afetivos<sup>93</sup>.

---

descendência genética da criança. Com isto, entretanto, houve a identificação do vínculo familiar foi reduzida a uma relação muito simplista, qual seja a de correspondência genética, nas palavras de Leila Donizetti – DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

<sup>92</sup> A verdade socioafetiva, que enseja a filiação afetiva, corresponde à verdade aparente e decorre do direito à filiação. O filho é titular do estado de filiação, que se consolida na afetividade. O Código Civil, em seu art. 1.593 certifica a multifacetária gama de filiação, quando menciona que o parentesco pode derivar do laço de sangue, da adoção ou de outra origem, deixando à cargo da hermenêutica jurídica a interpretação da amplitude normativa prevista pelo CC de 2002 – DIAS, Maria, B. Manual de Direito de Família. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 334.

<sup>93</sup> BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Novos Contornos do Direito da Filiação: a dimensão afetiva das relações parentais**. In Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo: UNISINOS, 2000, p.18.

Com o reconhecimento das novas entidades familiares, a adoção do critério biológico para aferição de vínculo parental não mais atendeu à realidade social que se consolidava, eis que este não conseguia abarcar a realidade do pluralismo familiar da sociedade brasileira, a qual, segundo Maria Cláudia C. Brauner<sup>94</sup> passou-se a denominar família sociológica. Para esta nova família, " a posse do estado de filho (...) é aquela que se exterioriza pelos fatos, quando existem pais que assumem suas funções de educação e de proteção dos filhos, sem que a revelação do fator biológico da filiação seja primordial para que as pessoas aceitem e desempenhem a função de pai ou mãe<sup>95</sup>".

Com isto, o reconhecimento da filiação nos dias atuais perpassa diversas perspectivas que não mais contemplam unicamente a determinação de um único pai e de uma única mãe como elementos bastantes necessários à constituição familiar, tampouco ao novo sentido atribuído à filiação, o qual toma por essencial os vínculos de amor e afeto nas relações familiares.

Assim, a identificação dos vínculos de parentalidade não pode mais ser calcada unicamente no vínculo genético/biológico. Tal consideração se encontra hoje de tal maneira defasada que não cabe mais afirmar que pai é aquele que forneceu os gametas masculinos à fertilização e que mãe é aquela que forneceu os óvulos ou deu à luz, pois, segundo Maria Berenice Dias: " a possibilidade de uso do útero alheio elimina a presunção *mater semper cert est*, que é determinada pela gravidez e pelo parto, em consequência, também cai por terra a presunção *pater est*, ou seja, que o pai é o marido da mãe.<sup>96</sup>"

De fato, os avanços da biotecnologia que culminaram na quebra dos paradigmas norteadores da família tradicional, cujo objetivo principal era a procriação natural, com o surgimento das técnicas de reprodução assistida, notadamente a maternidade por substituição, desconstituíram-se de vez os conceitos de filiação vinculados até então à existência ou não do casamento – filhos legítimos, ilegítimos (espúrios ou naturais).

Com efeito, as TRAs dissociam as fases reprodutivas. Na maternidade por substituição fala-se na fecundação extracorpórea com posterior transferência de embrião, o que pode ser feito de maneira totalmente setorizada, sendo um indivíduo

---

<sup>94</sup> Op cit. p.18.

<sup>95</sup> Op. cit. p. 238

<sup>96</sup> DIAS, Maria B. **Manual de direito das famílias**. 6ª ed. Rev., atual e ampl. - São Paulo: Revista dos tribunais, 2010, p. 365.

destinado à doação do gameta masculino, outro à do gameta masculino e outro o que emprestará o útero à gestação.

Assim, com a setorização da reprodução, as presunções de maternidade e paternidade dispostas no Código Civil de 2002 se tornaram insuficientes, tendo-se que fazer o estudo do caso concreto para que denotadas as condições de afinidade e amor, fundamentais à configuração do afeto familiar, se declarem existentes as condições para a filiação.

Trata-se de um dos reflexos da redefinição do conceito de família no fenômeno denominado "desbiologização das relações paterno-filiais", a consagrar o critério da verdade socioafetiva como condição precípua à filiação.

Com isto, a filiação socioafetiva é firmada no projeto parental, na vontade de ter um filho, estando, desta feita, intimamente ligada aos atos de afeição e de solidariedade, cujo princípio correspondente está assegurado pela Carta Magna de forma expressa em seu art. 3º, I, o qual aduz: "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária." Tem, na acepção de Flavio Tartuce e José Simão<sup>97</sup>, o princípio da solidariedade, viés de cunho afetivo e psicológico.

Para Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald<sup>98</sup>, o afeto que permeia as relações familiares relaciona-se a um padrão ético comportamental comum neste tipo de sociedade (familiar), o qual se propõe a desenvolver e potencializar os laços de solidariedade entre os membros da família com vistas à viabilizar a concretização dos planos pessoais de cada indivíduo que a compõe, proporcionando sua realização plena enquanto ser social e sempre fazendo prevalecer a dignidade da pessoa humana enquanto princípio basilar da constituição da família.

#### **4.2.1 Filiação nas gestações por sub-rogação homólogas**

Nos casos em que se cuida da gestação por substituição na qual se faz uso da técnica de fecundação homóloga, qual seja, utilizando-se o material genético do casal idealizador do projeto parental para a fecundação do embrião que será implantado no útero sub-rogado, de uma terceira mulher, a mãe substituta, são comuns os questionamentos acerca da titularidade do direito de filiação.

---

<sup>97</sup> SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Família. São Paulo: Método, 2010, p.37-38

<sup>98</sup> FARIAS, Cristiano C.; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.84-85.

Quando os idealizadores do projeto parental, doadores do material genético à fecundação homóloga o critério para a atribuição da paternidade dependerá do fato de estes serem ou não casados.

Se forem casados, aplica-se a presunção de paternidade firmada no art. 1597, III do Código Civil de 2002. Entretanto, se o casal não for casado, a presunção *pater is est* perde força e a verdade jurídica deve ceder espaço à verdade biológica.

Neste caso, havendo dúvidas a respeito da paternidade do solicitante à gestação por substituição heteróloga, deve-se recorrer ao exame de DNA para dirimir qualquer inquietude quanto à paternidade genética.

Com relação à maternidade, nos casos em que se cuidam deve haver uma relativização do princípio *mater semper est*, pois, nestes casos, a maternidade não deve decorrer do parto, já que a mãe substituta, ao aceitar sub-rogar seu útero à gestação da criança da mulher idealizadora do projeto parental, desde o princípio - o que se deve à assinatura do documento atestando seu livre consentimento esclarecido sobre a prática, em que se minudencia todo o procedimento que será feito, a motivação da prática, o projeto parental envolvido e a entrega da criança ao registro pelos pais afetivos, aqueles que quiseram o filho, que o idealizaram - sabia que a criança resultante deste processo não seria sua. Desde o início, sabia a mãe substituta que a sua função era oferecer um pouco de solidariedade à mulher solicitante da maternidade, ajudando-lhe a não perpetuar sua impossibilidade de ter filhos.

Para estes casos, portanto, assim como para a determinação de paternidade, a determinação de maternidade se fará mediante o exame de DNA, prevalecendo, pois, o critério biológico na utilização da gestação por substituição homóloga.

#### **4.2.2 Filiação nas gestações por sub-rogação heterólogas**

Na fecundação artificial heteróloga o casal solicitante do procedimento não doa total ou parcialmente o material genético que será utilizado para a formação embriológica. Assim, há um terceiro componente, além da mãe substituta, que pode doar de forma total ou parcial os gametas necessários à técnica.

Nestes casos, o exame de DNA não será meio idôneo ou suficiente para aferir a titularização do direito à filiação, pois, o material genético da criança

resultante da gestação por sub-rogação heteróloga diferirá em sua totalidade ou em parte dos relativos ao casal ou ao indivíduo que idealizou o projeto parental.

O Código Civil prevê a determinação de paternidade dos filhos havidos por iseminção artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido, conforme dita em seu art. 1567, V. Ou seja, caso o embrião resulte do encontro gamético do material genético de sua esposa com o de outro homem e o esposo tenha afirmado seu prévio consentimento esclarecido documentalmente, a ele fica assegurado o direito à paternidade.

Ocorre que esta interpretação não está explicitada no texto do Código Civil, o qual retrata no artigo em comento apenas os casos de inseminação artificial heteróloga em geral, sem especificar que condicionamento jurídico seria dado no caso em que esta mesma técnica fosse aplicada à maternidade por substituição.

Quanto à maternidade, esta também não deve ser determinada de acordo com o princípio *mater semper est*, de acordo com o mesmo argumento utilizado para defender a determinação de maternidade pelo caráter socioafetivo determinante do planejamento do projeto parental nos casos de maternidade por sub-rogação homóloga. Nestes, como naqueles casos, o vínculo não se perfaz com o parto ou pela gestação, e sim pelo desejo de procriar consentido inclusive pela mulher que sub-roga o útero.

Muito embora se saiba que a maternidade por substituição não se encontra disciplinada no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a paternidade desta técnica advinda, sendo notório o vácuo legislativo tocante a esta matéria e que, por esta razão, muito provavelmente o excerto comentado não englobe esta técnica, entende-se que esta deve ser a interpretação aplicada a estes casos, pois, resguardado o direito do melhor interesse da criança, parece este entendimento ser o que mais se coaduna aos princípios bioéticos norteadores da prática.

Ainda, de acordo com o princípio boa-fé, qual orienta as questões relacionadas à maternidade por substituição, e de onde exsurge o corolário da máxima de que “ninguém pode-se valer da própria torpeza”, ainda advém o subprincípio do *venire contra factum proprium*, o qual representa uma vedação ao comportamento contraditório, aplicável às relações familiares e às relações de filiação, portanto.

Com efeito, o acordo realizado entre os sujeitos da maternidade por substituição são baseados na confiança mútua, que não pode ser vulnerada pela

mudança da vontade de qualquer dos componentes. Assim, o direito à filiação da criança surge com o acordo entre as partes, esclarecido todos os seus mínimos detalhes em um termo de consentimento que deve ser assinado por todos os envolvidos. Com isto, busca-se um mínimo de segurança de que a aceitação da mãe substituta e/ou das mulheres ou homens doadores do material genético para o fim da efetivação da técnica não será modificada, impugnando posteriormente o direito à filiação de quem idealizou o projeto parental pressuposto à prática que se cuida.

Existe, portanto, para quem se presta a colaborar para o desejo de procriar de pessoas que optem pela maternidade de substituição, o dever jurídico de não frustrar as expectativas produzidas no decorrer do processo reprodutivo de quem vislumbrou a técnica como único meio garantidor ao fim da procriação. Ora tanto, pode-se concluir que, nestes casos de reprodução artificial heteróloga com transferência de embrião para um útero sub-rogado, o critério socioafetivo prefere ao biológico na determinação do vínculo parental.

Neste sentido, afirma Maria Helena Diniz: “independentemente da origem genética ou gestacional, mãe seria aquela que manifestou a vontade procriacional, recorrendo a estranho para que ela se concretizasse<sup>99</sup>”. Observa-se, com isto que o grande divisor de águas para a existência do vínculo parental deixou de se originar no ato sexual e passou a consistir-se no elemento volitivo, no desejo e na intenção da procriação, operando, de fato, a desbiologização das relações familiares, que perde a sua razão de ser com o advento das técnicas heterólogas de reprodução assistida.

Desta forma, urge salientar, há uma tendência à humanização da concepção de família consoante a valorização do princípio da dignidade da pessoa humana em face do reconhecimento dos laços de paternidade/ maternidade para além do modelo cartesiano de reconhecimento dos traços biológicos e da combinação gamética. O primado da vontade rouba a cena na emblemática dúvida da titularidade do direito à filiação, outorgando-o àqueles que intencionaram ser responsabilizados pela criança objeto da maternidade por substituição e que, junto à ela, sonharam com uma gama de direitos e deveres correlatos à dádiva de se ter um filho, ou seja, aos titulares do projeto parental.

---

<sup>99</sup> DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001, pág. 580.

Assim também pensa a jurisprudência pátria, a qual, diante da ausência de regulação do tema, e em razão dos conflitos que deste vácuo legislativo decorrem, recorre aos princípios civis-constitucionais relativos às técnicas de reprodução humana assistida.

### 4.3 Limitações à maternidade por substituição

A possibilidade da realização do projeto parental por alguém que tenha dificuldades em fazê-lo foi dirimida pela descoberta das técnicas de reprodução assistida, em que pese haver algumas limitações bioéticas ao seu exercício indiscriminado, principalmente quando se cuida da maternidade por sub-rogação, em que se fará uso do corpo de uma terceira pessoa, alheia a qualquer intenção de gerar um filho seu e de exercer a maternidade com relação ao ser que gerou em nome de outrem.

Sobre os limites à prática em comento, o CFM dispôs:

#### VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau –irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

3 - Nas clínicas de reprodução os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:

- Termo de Consentimento Informado assinado pelos pacientes (pais genéticos) e pela doadora temporária do útero, consignado. Obs.: gestação compartilhada entre homoafetivos onde não existe infertilidade;

(...)

- contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

(...)

- a garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez; (CFM, online)

Dentre as principais condições para a cessão temporária do útero afirmar-se como uma solução ética ao problema da infertilidade/esterilidade está a premissa de que não pode, por hipótese alguma, esta prática ter qualquer fim lucrativo.

Com isto, a normatização do tema pelo CFM busca seguir os preceitos constitucionais observados no artigo 199, §4º da Carta Magna, o qual veda expressamente qualquer tipo de disposição do corpo, seja de seus órgãos, de seus tecidos, de seus fluidos ou de suas substâncias com fim mercantil, com o intuito de coibir o aviltamento do próprio corpo e da condição humana, que não poderia se reduzir à condição de objeto comercializável, o que implicaria na aniquilação do princípio da dignidade da pessoa humana, além de fatalmente ir de encontro ao princípio bioético da autonomia (respeito à pessoa).

#### ***4.3.1 Maternidade por substituição: natureza jurídica***

Em que pese o posicionamento do legislador constitucional firmado no art. 199 se referir à remoção e à comercialização de órgãos em sentido amplo, o mandamento deve ser estendido analogamente aos casos em que se pretende fazer uso do “empréstimo” temporário do útero de outrem, tendo em vista que, a estes casos, os mesmos preceitos bioéticos e constitucionais que orientaram a vontade do legislador naquele artigo devem ser aplicados, pois, o meio prático para o fim almejado, qual seja a procriação artificialmente obtida, se dá por intermédio da solidariedade de outrem, que cede temporariamente seu corpo para a gestação de uma criança estranha a um projeto parental próprio, tratando-se portanto da disposição de um órgão humano em prol da concretização de um sonho alheio.

Sendo assim, se o fim precípua da disposição constitucional atinente ao art 199, §4º é o da proteção à integridade humana como expressão prática do princípio da dignidade da pessoa humana, não há razão para esta norma não ser aplicada extensivamente à técnica em apreço, eis que o respeito à pessoa é orientação basilar da biomedicina, devendo ser, este, portanto, seguramente resguardado também na prática da maternidade por substituição.

Da vedação constitucional à comercialização do “empréstimo” do útero, postura legislativa que também se observa no disposto no art. 15 da Lei nº 9.434/37, que dispõe sobre a vedação da compra e venda de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, decorre que a maternidade por substituição jamais poderia ensejar um contrato a título oneroso<sup>100</sup>, já que, neste caso, seria o contrato nulo de pleno direito, pois a vida é direito indisponível, sendo vedada a sua comercialização.

Assim, para que a gestação por sub-rogação possa ser admitida como um contrato oneroso, estar-se-á institucionalizando a violação ao princípio da dignidade humana, reduzindo-se a gestação a uma prestação de serviço e reificando-se tanto a mãe substituta quanto a criança gerada no processo.

Por outro lado, mesmo que se admita que a maternidade por substituição se firme nas bases jurídicas de um contrato gratuito<sup>101</sup>, estar-se-ia diante de um entendimento que reduz o útero humano à condição de objeto contratual, pragmatizando-se de tal forma as relações reprodutivas que a mãe substituta desempenharia unicamente a função de um objeto viabilizador da reprodução de outrem, em que suas funções reprodutivas passariam a ser negociáveis, ainda que, ao se admitir esta terminologia às relações jurídicas firmadas na maternidade por substituição, esteja evidente o entendimento de que não pode a realização da técnica importar em qualquer vantagem patrimonial.

O perigo da reificação humana com a admissão de qualquer roupagem contratual à prática em exame também se manifesta na criança objeto do contrato, eis que esta seria o fim almejado pelo casal solicitante, o produto final da relação contratual.

Desta forma, ter-se-ia uma completa banalização da procriação humana, e um patente aviltamento da condição humana, reduzida às relações utilitaristas que culminam com o tratamento superficial da condição do homem e de suas potencialidades, eis que traduz o direito à procriação em uma relação obrigacional desmembrada no direito à gestação e na obrigação à entrega da criança ao casal idealizador do projeto parental, posteriormente.

---

<sup>100</sup> “aqueles que trazem vantagens para ambos os contraentes, pois estes sofrem um sacrifício patrimonial, correspondente a um proveito almejado”- DINIZ, Maria Helena, **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2003,pág. 85

<sup>101</sup> “Os contratos benéficos ou a título gratuito são aqueles que oneram somente uma das partes, proporcionando à outra uma vantagem, sem qualquer contraprestação”- DINIZ, Maria Helena, Op. Cit.,pág. 85

Sendo assim, verificadas as condições necessárias à realização da gestação substitutiva e o cumprimento de requisitos tal qual a assinatura do Termo de Consentimento Informado da gestante a respeito dos aspectos éticos, médicos e jurídicos que circundam a técnica, o acordo feito entre o casal solicitante e a mãe substituta em muito se aproxima de uma relação contratual.

Ocorre que, em respeito aos princípios bioéticos e constitucionais, o termo “contrato” é inadequado, por remeter aos aspectos patrimoniais e por instrumentalizar o corpo humano e a função reprodutiva, o que legitimaria no reconhecimento da natureza contratual da cessão temporária do útero ao fim da maternidade por substituição, sendo mais adequado firmar a relação estabelecida entre os sujeitos da técnica por meio de um pacto de gestação por substituição<sup>102</sup>, firmado nos moldes da Resolução 2013/2013 do CFM, estabelecendo-se pois, padrões éticos e morais à prática.

#### ***4.3.2. As habilidades ao procedimento da maternidade por substituição***

Segundo o Conselho Federal de Medicina, para estar habilitada a fazer uso da maternidade por substituição, a doadora genética ou a idealizadora do projeto parental (quando esta não coincidir com aquela) deve ter comprovada sua impossibilidade física para procriar ou a ela deve ser contraindicado que engravide; ainda, caso a mulher seja homossexual, a Resolução 2013/2013 a autoriza à prática. No caso da mãe substituta, esta deve ser parenta até 4º grau de um dos parceiros envolvidos no projeto parental e deve respeitar a idade limite de até 50 anos.

Muito embora a limitação concernente ao grau de ligação entre a mãe substituta e a mãe solicitante do procedimento (parentesco de até 4º grau) vise a coibir a mercantilização da prática - pois, estabelecendo-se um laço pautado no vínculo familiar, dificilmente o fator motivacional ao “empréstimo” do útero será a auferição de vantagem patrimonial, ao invés do sentimento altruísta de se solidarizar com a aflição da mãe ou do casal solicitante que não consegue ter filhos pelos métodos naturais – esta exigência pode e deve ser relativizada em alguns casos.

Ausente o vínculo de parentesco estipulado pela Resolução, exige-se a autorização do Conselho Regional de Medicina para que se possa proceder à

---

<sup>102</sup> LIMA NETO, Francisco V. **A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem**. In biodireito: ciência e vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001, p.127.

realização da prática. Esta foi a solução vislumbrada pelo CFM para aqueles casos em que as mães solicitantes não dispõem de parentes com interesse em encampar suas causas de realização do sonho da maternidade ou com condições físicas de suportar uma gravidez ou que já tenham extrapolado a idade limite para a sub-rogação do útero. Nestes casos, é transferido ao CRM o poder de autorizar a transferência de embriões para o útero de outra mulher que da família em até 4º grau de parentesco.

Com efeito, preenchidos os requisitos necessários, ao CRM cabe autorizar os casos de exceção e viabilizar o procedimento médico atinente à transferência dos oócitos fecundados pelo material genético da pessoa ou do casal solicitante, em estrita observância ao dever de velar pela isonomia na aplicação dos tratamentos médicos, não se podendo podar o sonho de alguém de ser mãe apenas porque em sua família não há ninguém apto a procriar em seu nome. Caso contrário, àquelas que tivessem mulheres jovens e com o aparelho reprodutor em perfeito estado seria permitido a reprodução assistida, e àquelas que não, a maternidade por sub-rogação não as contemplaria, de acordo com um critério arbitrário estipulado pelo Conselho Médico.

Assim, em respeito ao princípio da igualdade e ao direito personalíssimo à procriação, todas aquelas que tenham impossibilidade física de se reproduzir ou tenha contraindicação à gravidez deve ter seu sonho da maternidade protegido, sem se distinguir as condições para tanto.

#### **4.4 POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS**

O Conselho de Justiça Federal, procedendo no sentido de buscar uma padronização do entendimento jurisprudencial pátrio acerca das problemáticas que circundam o tema da maternidade por substituição, através das Jornadas de Direito Civil<sup>103</sup> editou os seguintes Enunciados:

---

<sup>103</sup> Encontros que reúnem profissionais do Direito de alto gabarito e convidados de notório saber jurídico para que interpretem, ou para que deem uma melhor interpretação à normas já existentes no ordenamento jurídico, mas, cuja interpretação sistemática esteja-se mostrando insuficiente ou ineficaz para a resolução do caso concreto. Com isso, nestas jornadas, ampliam-se, restringem-se ou explicam-se normas já existentes cujas demandas sociais que envolvem sua aplicação sejam crescentes e seja patente a dificuldade dos tribunais em uniformizar um padrão de interpretação para elas.

104 – Art. 1.597: no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.

105 – Art. 1.597: as expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como “técnica de reprodução assistida”.

(...)

127 – Proposição sobre o art. 1.597, inc. III: Proposta: alterar o inc. III para constar “havidos por fecundação artificial homóloga”. Justificativa: Para observar os princípios da paternidade responsável e dignidade da pessoa humana, porque não é aceitável o nascimento de uma criança já sem pai.

(...)

129 – Proposição para inclusão de um artigo no final do Cap. II, Subtítulo II, Cap. XI, Título I, do Livro IV, com a seguinte redação: Art. 1.597, A . “A maternidade será presumida pela gestação. Parágrafo único: Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga.” Justificativa: No momento em que o artigo 1.597 autoriza que o homem infértil ou estéril se valha das técnicas de reprodução assistida para suplantar sua deficiência reprodutiva, não poderá o Código Civil deixar de prever idêntico tratamento às mulheres. O dispositivo dará guarida às mulheres que podem gestar, abrangendo quase todas as situações imagináveis, como as técnicas de reprodução assistida homólogas e 22 heterólogas, nas quais a gestação será levada a efeito pela mulher que será a mãe sócio-evolutiva da criança que vier a nascer. Pretende-se, também, assegurar à mulher que produz seus óvulos regularmente, mas não pode levar a termo uma gestação, o direito à maternidade, uma vez que apenas a gestação caberá à mãe sub-rogada. Contempla-se, igualmente, a mulher estéril que não pode levar a termo uma gestação. Essa mulher terá declarada sua maternidade em relação à criança nascida de gestação sub-rogada na qual o material genético feminino não provém de seu corpo. Importante destacar que, em hipótese alguma, poderá ser permitido o fim lucrativo por parte da mãe sub-rogada. (*grifou-se*)

Diante da inexistência de regulação específica sobre a maternidade por substituição no ordenamento jurídico brasileiro, deve-se pautar a resolução empasses, surgidos em decorrência da opção pela adoção desta prática, na obediência aos princípios civis/constitucionais e bioéticos, correlatos que são à reprodução artificial, bem como deve-se observar a tendência jurisprudencial, percebendo-se quais entendimentos os tribunais pátrios tem preferido, para que se dê um tratamento uniformizado e o mais homogêneo possível aos casos similares envolvendo a temática que venham a eclodir.

Em que pese os processos judiciais que tratam da prática da maternidade por substituição tramitarem em segredo de justiça, por vezes, os próprios Tribunais em que correram as causas publicam em seus sites as decisões judiciais dos casos que envolvam a prática médica ora estudada, muito embora não disponham do conteúdo dos processos na íntegra, mas apenas de partes da decisão.

Exemplo disto ocorreu em 2011, quando o Juiz da Vara de Família de Lajeado(RS) decidiu acerca de um caso de filiação biológica decorrente da prática da maternidade por sub-rogação.

Neste caso, os idealizadores do projeto parental, que contribuíram com seu material genético para a fertilização do embrião posteriormente implantado em um útero sub-rogado (maternidade por substituição com o uso de inseminação artificial homóloga), obtiveram judicialmente o direito de registrar em cartório o nascimento do filho, com isso deixando patente o vínculo parental entre o casal doador genético e a criança gerada com a técnica de reprodução artificial. Para tanto, requereu apenas o juiz que o casal comprovasse a paternidade biológica por meio de exame de DNA<sup>104</sup>.

Lastreando sua decisão sobre o caso, o juiz invocou o postulado do melhor interesse da criança como parâmetro aferidor da legitimidade da lavratura do assento de nascimento em nome dos pais genéticos, eis que, vislumbrado que, neste caso, a verdade biológica (comprovada com o exame de DNA) coincidia com a verdade socioafetiva (vontade de exercerem a maternidade/paternidade, dada a iniciativa do projeto parental)<sup>105</sup>.

Quanto aos casos em que se cuida de maternidade por substituição através de inseminação artificial heteróloga, pode-se ter por parâmetro a decisão judicial que se examinará que concedeu a um casal homossexual a dupla paternidade de um bebê fertilizado *in vitro*.

A decisão é inerente a um processo que tramitou no TJPE, cujo objeto era o pedido de registro civil com indicação de dupla paternidade (em que constasse o nome dos dois requerentes) de uma criança nascida em 29/01/2012, a qual houvera sido concebida a partir de inseminação artificial heteróloga, gerada em útero sub-

---

<sup>104</sup> Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2011-mar-08/filho-utero-emprestado-registrado-pais-biologicos> > Acesso em 01/11/2014

<sup>105</sup> Op. Cit.

rogado, com emprego do material genético de um dos requerentes e do óvulo doado por uma terceira mulher, a qual não foi identificada<sup>106</sup>.

Para a decisão desta causa, priorizou-se a valorização da afetividade e da vontade da realização do projeto parental idealizado pelo casal, baseando-se, para tanto, numa interpretação pluralista e aberta dos ditames constitucionais, civis e bioéticos, os quais devem ser entendidos como fonte de interpretação às normas jurídicas no sentido de tolher-lhes qualquer aresta que culmine marginalização social de tipos de agrupamentos familiares, ressaltando-se que não somente os casais heterossexuais têm a cobertura estatal, como também qualquer agrupamento familiar consagrado de forma exemplificativa na Carta Magna.

Neste sentido, prolatou o Juiz da decisão em referência:

Conforme fortemente repisado no presente corpo sentencial, a aludida pretensão encontra fundamentação no Preâmbulo Constitucional; nos Princípios da República (art. 1º, II e III); nos Direitos e Garantias Fundamentais, quais sejam, a igualdade (art. 5º, caput, I), liberdade, intimidade (art. 5º, X) e proibição da discriminação (art. 3º, IV); no artigo 226, §§ 1º, 3º, 4º, 5º e 6º, todos, da Constituição da República; na Decisão do STF na ADI 4277 e na ADPF 132, acolhida como ADI e, por fim, na Resolução do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, destinada a promover a igualdade dos seres humanos, sem distinção de perfil sexual, em 17/06/2011, da qual o Brasil é signatário.

À vista do exposto e a livre manifestação das partes e os requisitos exigidos pelos arts. 29, I, e 50 a 66, da Lei nº 6.015/73, nos termos do Decreto nº 7.231/2010, e no Código de Normas dos Serviços Notariais e de Registro do Estado de Pernambuco, Provimento nº 20, de 20/11/2009 (DJE 30/11/2009), determino a abertura e lavratura do assentamento do registro de nascimento de M. T. A. A., nascida em 29.01.2012, às 00h44m, do sexo feminino, no Hospital Esperança Ltda, natural do Recife, Estado de Pernambuco, filha de M. A. A. e de W. A. A., tendo como avós paternos, por um lado, M. P. D. S. e T. A. D. S., e, por outro, de S. R. D. A. e M. J. S. D. A., respectivamente.<sup>107</sup>

Sendo assim, a jurisprudência brasileira orienta-se no sentido de reconhecer a importância do vínculo socioafetivo dos pais com os filhos e, sobretudo, de reconhecer a importância jurídica da vontade que originou o projeto parental e que lhe levou à sua concretização.

Com essa análise de casos e de outras jurisprudências em geral, percebe-se que a justiça brasileira tem preferido a verdade socioafetiva às demais, e

---

<sup>106</sup> Disponível em < <http://www.jurisciencia.com/pecas/integra-da-decisao-judicial-inedita-que-concedeu-a-casal-homossexual-dupla-paternidade-de-bebe-fertilizado-in-vitro-tipe-clicerio-bezerra-e-silva/898/> > Acesso em 01/11/2014

<sup>107</sup> Op. cit

busca resguardar o melhor interesse da criança, bem como o princípio da dignidade humana, prevalecendo critério à verdade biológica, quando necessário.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante a grande transformação que os avanços sociais e científicos promoveram na estruturação do pensamento moderno no tocante ao conceito tradicional de família, mediante o reconhecimento constitucional das novas entidades familiares firmado no artigo 226 da Carta Magna, tornou-se imperioso aceitar-se uma redefinição dos conceitos correlatos ao vínculo parental e à filiação.

Desde a antiguidade clássica, estudadas as sociedades greco-romanas, tem-se a busca pela perpetuação da espécie como um anseio humano que se refletiu na valorização da família enquanto expressão da unidade de um grupo ligado por laços consanguíneos. Inicialmente, ainda na exegese do modelo social antigo, as famílias consistiam na base do Estado e existiam em função dele.

Assim, para a família antiga, firmada no primado do patriarcalismo e do patrimonialismo, o homem reprodutor, o pai, era o chefe da família e a ele todos deviam subserviência e obediência. À época em que se cuida, o papel da mulher era reduzido ao de dona de casa e suas expressões de pensamento ou de opinião eram reduzidas à esfera da insignificância.

O machismo insuflado por este sistema político-familiar persistiu até que os períodos das grandes guerras inserissem a mulher no mercado de trabalho e os grandes avanços da medicina flexibilizassem um pouco a ditadura do sexo masculino e da família, até então encerrada em um modelo antiquado que não mais se sustentava frente aos novos anseios sociais, os quais não mais admitiam que fosse unicamente reconhecida a família biparental e heterossexual, clamando pela admissão jurídica e pelo reconhecimento social das novas entidades familiares.

Com efeito, a sociedade do século XX demandou o reconhecimento dos agrupamentos entre pessoas pautados nos laços de amor e na afetividade, para os quais não dever-se-ia ser levado em consideração os sexos dos envolvidos, mas o projeto que pretendiam desenvolver com a união em uma célula familiar, a perquirir, com isto, o desenvolvimento de suas capacidades plenas e a expressão do mandamento constitucional do direito à liberdade.

Assim, a Constituição de 1988, atendendo à nova configuração social que se construía, reconheceu a família enquanto base da sociedade, mas inverteu a

relação de finalidade entre Família e Estado: ao Estado foi consagrado o papel de protetor da Família. Este deveria, então, existir em função de mais bem prover e proteger aquela, e não o contrário.

Ainda, reconheceu o texto normativo não somente o casamento civil, mas também a família monoparental e as uniões estáveis entre homem e mulher, de cujo excerto deve-se ter uma interpretação extensiva, abrangendo-se a semântica da expressão “homem e mulher” para além do seu valor literal, o que compreende também os casais homossexuais, tendo em vista que a sociedade atual não mais comporta a visão de família nos moldes tradicionais, com respeito ainda, e principalmente, aos princípios da dignidade da pessoa humana, à isonomia e, portanto, à vedação à discriminação do ser social.

Nesse contexto, as técnicas de reprodução assistida surgiram para atender às demandas desta nova e plural sociedade, para a qual os métodos tradicionais de reprodução não mais lhe atendiam. Com efeito, o surgimento das TRAs como alternativa àqueles que por infertilidade/esterilidade, contra-indicação médica, orientação sexual ou opção à “produção independente” - os quais não teriam condições de se reproduzir pelas vias naturais - representou a possibilidade da concretização do sonho do projeto parental.

Os avanços científicos permitiram, então, a intervenção humana no fenômeno da reprodução, o qual, com o advento da Reprodução Assistida fragmentou o conceito de maternidade, paternidade e, conseqüentemente, de filiação e de vínculo parental, o que reclama uma reflexão Bioética e principiológica para que se definam certos limites à atuação tecnocientífica na reprodução humana, sob pena de se instrumentalizar o homem, enquanto ser reprodutivo, levando-se à sucumbência dos valores correlatos à integridade do ser, ao respeito à pessoa e à dignidade da pessoa humana.

Neste cenário, dada a falta de legislação pátria específica sobre o tema - podendo-se mencionar algumas poucas normas que servem de parâmetro ao controle social e estatal da reprodução assistida, tais quais a Lei de Biossegurança e o art. 199 da CF/88 - o que se revela é a necessidade de regulamentação da matéria, sobretudo para que as relações jurídicas cujo o mote seja a sua configuração mediante a sujeição das partes às Técnicas de Reprodução Assistida disponham de algum mecanismo para conferir aos sujeitos que optaram pela técnica algum grau de segurança jurídica, não ficando-se a mercê da consciência da outra

parte em honrar o que ficara inicialmente pactuado entre elas, pelo termo de Consentimento Informado.

Não em descompasso com as demais TRAs, a maternidade por substituição é matéria de grande relevância na contemporaneidade, eis que viabilizou o sonho da concretização do projeto parental para aquelas que não têm condições físicas, ou são dotadas de contra-indicações médicas para a gravidez.

A técnica examinada ainda representou um grande avanço no campo do reconhecimento social da homossexualidade e das famílias biparentais homoafetivas como uma realidade a ser aceita e respeitada por todos, pois, com o surgimento da prática aos casais homossexuais tornou-se possível a reprodução e realização do sonho da maternidade/paternidade, sem que para isto precisassem abrir mão de suas convicções e escolhas existenciais. Neste aspecto, o advento da maternidade por substituição significou um importante divisor de águas, colaborando para a consolidação da família plural e multifacetada da contemporaneidade, especialmente com a fragmentação do conceito de filiação, a qual, a partir de então passou a ser definida nas subespécies jurídica, biológica e socioafetiva, de forma que, a uma criança tornou-se possível a dupla maternidade ou a dupla paternidade. Com isso, as famílias homoafetivas consolidaram-se enquanto entidade familiar moderna, dotada dos mesmos direitos dos quais gozam as famílias heteroafetivas e monoparentais.

Entretanto, dada a carência de normatização específica sobre o tema, o controle social da matéria deve partir das premissas relativas à ética médica e aos limites ao exercício da prática da maternidade por substituição fixadas na Resolução 2013/2013 do CFM.

A Resolução não tem força cogente, eis que sua elaboração não passou pelos trâmites legislativos necessários à sua validade, vigência e eficácia no mundo jurídico. Porém, suas considerações, firmadas com base nos princípios bioéticos da autonomia (respeito à pessoa), da não maleficência e da justiça devem ser observadas enquanto parâmetro-base à constatação dos limites da prática e, em que pese não haver nenhum tipo de sanção judicial ao descumprimento de qualquer dos princípios ou orientações concernentes ao dispositivo em apreço, a desobediência a qualquer dos limites firmados pelo regulamento médico pode ser objeto de discussão no Conselho de Ética do CFM e, aos médicos que se

descuidaram de velar pelo cumprimento da Resolução, sobrevirem punições administrativas.

Dada a inexistência de normas específicas ao controle da maternidade por substituição, aos casos que venham a surgir em torno desta temática, demandando exame judicial, deve-se analisar com base não só nos princípios bioéticos afirmados pelo CFM na Resolução 2013/2013, mas também de acordo com os princípios constitucionais e civis atinentes ao Direito das Famílias e ao direito personalíssimo à procriação.

Com efeito, no contexto da flexibilização da estrutura familiar brasileira e de seus valores constitutivos, consagraram-se, enquanto elementos viabilizadores da configuração familiar, os laços de amor, a afetividade, a compreensão mútua e a liberdade de escolha. Há que se observar, portanto, que com os avanços da engenharia genética, a reprodução deixou de ser um fato essencialmente biológico, relacionado unicamente ao agir humano e às condições naturais de procriação. Sob esta nova dimensão, o agir técnico tornou-se mais um elemento viabilizador do processo de reprodução.

Com isto, o direito à procriação afirma-se enquanto direito correlato à intimidade e à autodeterminação das pessoas (correlato ao princípio bioético da autonomia), não cabendo ao Estado coibir o seu exercício, nem, tampouco, tratar os indivíduos componentes do corpo social de maneira desigual, de forma que, vez que àqueles que podem naturalmente ter filhos o Estado assegura o direito de controle de natalidade – pelos métodos contraceptivos, autorizado seu uso e inclusive manipulados pelos hospitais e postos de saúde do SUS, o que denota uma postura ativa do Estado para a real eficácia desse direito - também deve-se assegurar que aqueles que não dispõem das condições naturais para procriar, possam fazê-lo pelos métodos artificiais, eis que ambos os deveres estatais são decorrentes da mesma garantia constitucional, qual seja, o direito ao planejamento familiar.

Ainda que o uso das TRAs esteja condicionado à observância de certas condições previstas na Resolução 2013/2013, à priorização do melhor interesse da criança e da integridade e dignidade da pessoa humana, o Estado não pode discriminar as pessoas estéreis/inférteis, tolhendo-lhes o direito de escolher se querem ou não ter filhos, ainda mais quando constatado que a infertilidade é uma doença – relacionada à saúde reprodutiva- e que o Estado tem por dever promover a saúde adequada ao cidadão.

Com os avanços da biociência tornou-se possível inclusive fecundação de um gameta feminino por outro gameta feminino, através da transferência nuclear de uma célula sexual para outra. Com isto, e com a transferência do embrião para um útero sub-rogado, será possível falar na gestação de uma criança que terá até três mães e para a qual o papel masculino desempenhado para a sua formação foi inexistente. O advento da maternidade por substituição representou, portanto, a quebra de muitos paradigmas da reprodução humana e, hoje, vive-se o momento em que se é crível falar na dispensa do ser masculino no processo reprodutivo, o que contribui para se aumentar ainda mais a celeuma sobre o tema, sendo as principais polêmicas ligadas à questão da natureza jurídica do acordo celebrado entre as partes sujeitas da maternidade por substituição e as questões relativas à filiação.

É crescente a inquietude social a respeito do que deve ser considerado a verdadeira família, de qual deve ser a legítima filiação da criança gerada pela maternidade por substituição, se deve ser esta vinculada no seu registro de nascimento à mulher que a deu à luz, à que a deu descendência através da doação do material genético ou à que a idealizou no projeto parental que ensejou o uso da técnica de reprodução artificial.

Muito embora tema de extrema relevância social e motivo de muita inquietude dada a parca legislação sobre o tema, a jurisprudência brasileira tem se orientado no sentido de definir que o parâmetro para aferição de filiação é variável, a depender de que tipo de técnica de inseminação artificial no útero de outrem (sub-rogado) esteja-se tratando. Neste diapasão, difere-se o tratamento judicial dado à dois tipos de técnicas: a maternidade por substituição que utiliza de fecundação homóloga e a que faz uso da fecundação artificial heteróloga.

No primeiro caso, cuida-se da manipulação de gametas sexuais do próprio casal solicitante do “empréstimo” do útero alheio. Neste caso, tem prevalecido o critério biológico para a atribuição judicial do vínculo de parentalidade. No segundo caso, tem-se a fecundação embriológica a partir de gametas parcialmente ou totalmente estranhos ao casal idealizador do projeto parental. Pode ser que somente seja necessário a doação de gametas masculinos, ou femininos (material genético parcialmente diverso do casal solicitante), como também pode ser que seja necessária a doação do material genético necessário à fecundação por completo (doados os óvulos e os espermatozoides). Para estes, a jurisprudência tem

preferido o critério do vínculo afetivo para determinar o direito à filiação, definida como filiação socioafetiva.

Analisados os princípios basilares da bioética e Direito das Famílias é imperioso notar que o a orientação dos tribunais não foge à interpretação constitucional dos princípios da dignidade da pessoa humana, da proteção ao melhor interesse da criança, da isonomia e do respeito à pessoa e ao direito ao planejamento familiar. Examinadas as decisões judiciais concernentes ao tema, tem-se que, o que prevalece, em consonância com os novos parâmetros sociais no tocante à estruturação da família em suas várias formas de expressão e configuração, o que tem prevalecido é o critério da afetividade e da vontade que motivou o casal ou o indivíduo a fazer opção pela técnica da maternidade por substituição.

Mesmo quando analisados os casos de filiação envolvendo sujeitos da maternidade por substituição homóloga, em que pese as decisões mencionarem a sobreposição do critério biológico para estes casos, tem-se que antes do critério biológico, o que deu azo à fecundação da criança, cuja filiação será ou foi discutida judicialmente, foi a vontade do casal ou do indivíduo de tê-la pelas vias artificiais, já que pelas vias naturais isto não seria possível. Observado ainda o subprincípio correlato ao princípio da boa fé, qual sejam o *venire contra factum proprium*, não seria plausível, e seria inclusive atentatório ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao do melhor interesse da criança, que alguém pudesse fazer opção por originar uma criança e, iniciados os procedimentos adequados à esta finalidade, desistisse depois, como se a este indivíduo ou casal fosse permitido dispor sobre a vida de outrem, no caso, a criança.

Sendo assim, considerado que o fator determinante para a geração da criança foi a vontade do casal solicitante ou do indivíduo, tem-se que na filiação correlata à maternidade por substituição homóloga, a disposição de vontade originária do acordo de sub-rogação uterina é tanto quanto ou até mais importante do que o critério biológico, sendo este último o considerado por ser mais prático sua comprovação pelo exame de DNA.

Ainda observados os princípios do respeito à pessoa, à integridade humana – com a vedação à disposição comercial e mercantil dos próprios órgãos e fluidos corporais- fundamentadores da proibição constitucional à auferição de vantagem patrimonial pelo “empréstimo” do útero, proibição também refletida e

determinada na Resolução 2013/2013, tem-se que a maternidade por substituição não poder-se-ia configurar em um objeto contratual, em se tratando de contrato oneroso. O tipo de relação jurídica desenvolvida entre os sujeitos da prática em exame mais se aproximaria da modalidade contrato gratuito, porém, a terminologia não seria das mais adequadas, tendo em vista que instrumentaliza sobremaneira o processo reprodutivo e reifica as partes nele envolvidas.

Ainda que a jurisprudência pátria encontre uniformidade em seu pensamento acerca destas problemáticas, faz-se mister a criação de uma legislação tendente a regular o instituto da maternidade por substituição, devendo o esforço normativo concentrar-se numa análise multidisciplinar do tema, já que se trata de matéria tão complexa e interdisciplinar por natureza. É premente o esforço legislativo neste sentido, portanto, regulando o vínculo parental entre os pais biológicos, sociais ou afetivos e as crianças surgidas deste procedimento para que alguma margem de segurança jurídica tranquilize aqueles que pretendem fazer uso da prática.

Desta forma, sem olvidar os princípios éticos, o postulado da dignidade da pessoa humana e a vontade do legislador constitucional à proteção à integridade do indivíduo, devem-se as relações firmadas com a maternidade por substituição ser pautadas unicamente no altruísmo do amor ágape, bem como, devem os conflitos judiciais delas decorrentes ser dirimidos pautando-se as decisões na observância à garantia constitucional ao planejamento familiar à luz do melhor interesse da criança e da consolidação de sua proteção integral.

## REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Isadora C. N. (2013) **A gestação por substituição à luz do ordenamento jurídico brasileiro**. In Revista do Curso de Direito (eletrônica) - UNIFACS – Salvador, Nº 151, jan.2013
- ARAUJO, Eduardo Pereira de. **Evolução histórica dos institutos da separação e do divórcio no direito brasileiro e a Emenda Constitucional n.º 66/2010**. Conteúdo Jurídico, Brasília.19 out. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29383&seo=1>>. Acesso em: 09 out. 2014.
- ASCENÇÃO, José de O. **Problemas jurídicos da procriação assistida**. Rio de Janeiro. Revista Forense, nº328, out/dez. 1994
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995
- BORGES JÚNIOR, Edson; OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de. **Reprodução assistida: até onde podemos chegar?** São Paulo: Editora Gaia, 2000
- BRANDÃO, Débora V. C. **Do casamento religioso com efeitos civis e o novo código civil**. In: O Neófito – Informativo Jurídico, 2001.
- BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003
- CAHALI, Yussef S. **Do Casamento**. In: **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, vol. 13
- CIARALLO, Gilson. **O matrimônio entre os poderes temporal e espiritual: o casamento civil e o processo de secularização da esfera jurídica no Brasil**. In Projeto História. São Paulo, n.39, Jul/dez.2009
- CZERESNIA D, FREITAS CN. **Promoção da saúde: conceitos, reflexões, tendências**. Rio de Janeiro: FIOCRZ; 2003
- DAVATZ, Thomas. **Memórias de um colono no Brasil: 1850**. Belo Horizonte. Editra Itatiaia; São Paulo. Ed. Da Universidade de São Paulo. 1980
- DEL PRIORE, Mary. **Histórias íntimas: sexualidade na história do Brasil**. São Paulo. Editora Planeta do Brasil. São Paulo. 2011
- DIAS, Maria B. **Manual de direito das famílias**. 6ª ed. Rev., atual e ampl. - São Paulo: Revista dos tribunais, 2010
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002

- Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2011-mar-08/filho-utero-emprestado-registrado-pais-biologicos> > Acesso em 01/11/2014
- Disponível em < <http://www.jurisciencia.com/pecas/integra-da-decisao-judicial-inedita-que-concedeu-a-casal-homossexual-dupla-paternidade-de-bebe-fertilizado-in-vitro-tjpe-clicerio-bezerra-e-silva/898/> > Acesso em 01/11/2014
- EISENBERG, J. **A mulher no tempo da Bíblia: enfoque sócio-histórico**. São Paulo: Paulinas, 1998
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003
- FARIAS, Cristiano C.; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010
- FARIAS, Paulo José Leite. **Limites éticos e jurídicos à experimentação genética em seres humanos. A impossibilidade da clonagem humana no ordenamento jurídico brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n. 21, 19 nov. 1997. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/1856> >. Acesso em: 30 out. 2014.
- FERNANDES, José de Souza. **Bioética, biodireito e religião no diálogo sobre eutanásia**. In: SÁ, Maria de Fátima F.; NAVES, Bruno T. O. (coord.). **Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004
- FERNANDES, Thyco B. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000
- Freitas G L; Vasconcelos C T M; Moura E R F, Pinheiro A K B. **Discutindo a política de atenção à saúde da mulher no contexto da promoção da saúde**. Rev. Eletr. Enf. [Internet], 2009 Disponível em < <http://www.fen.ufg.br/revista/v11/n2/v11n2a26.htm> > Acesso em 20/10/2014
- FORTES, Paulo A. C., **Orientações bioéticas de justiça distributiva aplica às ações e aos sistemas de saúde**, Revista Bioética, nº16, 2008
- GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo P. **Novo curso de Direito Civil**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014
- GAMA, Guilherme C N. **O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução humana assistida heteróloga de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo. Renovar, 2003
- HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes. **Família e Casamento em Evolução**. In Revista do Advogado, nº 62, março/2001
- JUNGES, José R. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Unisinos, 1999
- LEITE, Eduardo de O. **Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento**. Curitiba: Juruá, 1991

- LEITE, Eduardo de O. **Procriações Artificiais e o Direito. Aspectos Médicos, Religiosos, Psicológicos, Éticos e Jurídicos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1995
- LEMONS JUNIOR, Eloy P; DE SOUZA, Ludmila R. **Técnicas de Reprodução Humana Assistida: Controvérsias a respeito da maternidade de substituição.** Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7104a226fe65be03> > Acesso em 19/08/2014.
- LIMA NETO, Francisco V. **A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem.** In biodireito: ciência e vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001, p.127.
- MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos & jurídicos,** Curitiba: Juruá, 2003.
- MALUF, Adriana C. R. F. **Curso de Bioética e biodireito.** São Paulo: Atlas, 2010
- MALUF, Adriana C. R. F. **Direito das Famílias.** São Paulo: Elsevier, 2012
- MAGALHÃES, Bruno de A. Do casamento religioso no Brasil. 1937. Apud LORDELLO, Josette M. **Entre o reino de Deus e o dos Homens: a secularização do casamento no Brasil do séc. XIX.** Brasília. Editora UnB. 2002
- MINAHIM, Maria A. **A Família na Contemporaneidade. Aspectos Jurídicos.** Salvador: JusPodivm, 2007
- Ministério da Saúde. **Política nacional de atenção integral à saúde da mulher: princípios e diretrizes.** Brasília: Ministério da Saúde; 2004
- MOURA, Marisa D; SOUZA, Maria do Carmo B; SCHEFFER, Bruno B. (2009). **Reprodução assistida. Um pouco de história.** Revista da SBPH, Rio de Janeiro, v.12, dez. 2009.
- NETO LÔBO, Paulo L. **Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do números clausus.** Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n.53, jan.2002. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=264](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=264)>. Acesso em: 27 set. 2014
- OLIVEIRA, Guilherme de. **Temas de Direito de Família.** 2 ed., Portugal: Coimbra Editora, 2001.
- PALUDO, Anison Carolina. **Bioética e Direito: procriação artificial, dilemas ético-jurídicos.** Jus Navigandi, Teresina, ano 6, nº 52, 01 nov. 2001, Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/2333> > Acesso em 20 out. 2014
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família – uma abordagem psicanalítica.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- PEREIRA, Rodrigo da C. **Direito de Família e o Novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2002.

- PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Cristian de Paul. **Problemas atuais da Bioética**. São Paulo: Loyola. 5ª ed. 2000.
- RIBAS, Ângela M P. **Aspectos contemporâneos da reprodução assistida**. Disponível em < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2985](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2985) > Acesso em 20 out. 2014.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2006
- RODRIGUES, Denise D. M.. **Maternidade de Substituição: Aspectos Éticos e Jurídicos, In XVI Congresso Nacional de Direito "Pensar Globalmente: Agir Localmente"**, Belo Horizonte, 2007.
- SAN TIAGO DANTAS, Francisco C. **Direito de Família e das Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 5ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007
- SÉGUIN, Elisa. (Org). **O direito da mulher**. Rio de Janeiro. MRS. 1999.
- SILVA, Eduardo. **A dignidade da pessoa humana e a comunhão plena da vida: o direito de família ante a Constituição Federal e o Código Civil**. In: **A reconstrução do Direito Privado**. COSTA, Judith M. (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002
- SILVA, Flávia A N. (2001). **Gestação de Substituição: Direito a ter um filho**. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais, São Paulo, v.1, n.1, dez. 2011 <<http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasesociais/article/viewFile/914/894>> Data de acesso: 07/10/2014.
- SILVA, Reinaldo P; LAPA, Fernanda B. (org); **Bioética e Direitos Humanos**. Florianópolis: OAB/SC, 2002.
- SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Família**. São Paulo: Método, 2010
- SCHRAMM, Fermin R.; PALÁCIO Marisa; REGO Sergio. **O modelo bioético principialista para a análise da moralidade da pesquisa científica envolvendo seres humanos ainda é satisfatório?** In Ciência e saúde coletiva vol.13 nº.2 Rio de Janeiro Mar./Apr. 2008
- SOUZA, MCB; Decat de Moura, M; Grynszpan, D (orgs). **Vivências em tempo de reprodução assistida: o dito e o não-dito**. Rio de Janeiro: Revinter, 2008
- SOUZA, Wagner Mota Alves. **Direito à procriação, técnicas de reprodução medicamente assistida e a doutrina *venire contra factum proprium* – a inseminação artificial heteróloga e o comportamento contraditório do cônjuge ou companheiro(a)**. ARacaju: Evocati Revista n. 41, maio 2009 Disponível em: < [http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp\\_codartigo=327](http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=327) >. Acesso em: 17/10/2014

- TEPEDINO, Gustavo, **A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.XXV.
- TOMASZEWSKI, Adauto de A.; LEITÃO, Manuela N., **Filiação socioafetiva: a posse do estado de filho como critério indicador da relação paterno-filial e o direito à origem genética**. Revista jurídica da UniFil, ano III, nº3. Disponível em < [http://web.unifil.br/docs/juridica/03/Revista%20Juridica\\_03-1.pdf](http://web.unifil.br/docs/juridica/03/Revista%20Juridica_03-1.pdf) > Acesso em 27/out. 2014
- TORRES, Adriana de F. **Bioética: O princípio da autonomia e o termo de consentimento livre e esclarecido**. Jornal do CRM-PB Nº 72, Abril-Junho 2007
- VENOSA, Silvio S. **Direito Civil: Direito de Família**. 5ªed. Vol. 6 São Paulo: Atlas, 2006
- VENOSA, Sílvio S. **Direito Civil – Direito de Família**. 6ª ed. Vol. 6.. São Paulo. Editora Atlas. 2006. p. 228.
- ZAMBON, Lucas S. **Primum non nocere**. Disponível em: < [http://www.medicinanet.com.br/conteudos/biblioteca/901/introducao\\_\\_primum\\_non\\_nocere.htm](http://www.medicinanet.com.br/conteudos/biblioteca/901/introducao__primum_non_nocere.htm) > Acesso em 14 de out. 2014.